



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2002 Vol. 1

1^{er} cahier, 2002 Vol. 1

Cited as [2002] 1 S.C.R. 3-204

Renvoi [2002] 1 R.C.S. 3-204

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)72

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” in deportation provisions of immigration legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of torture if deported — Whether procedural safeguards provided to Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Administrative law — Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee's presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)133

Immigration — Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase “having regard to all the circumstances of the case” in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.146

Commercial law — Oil and gas industry — Overriding royalties — Whether overriding royalties arising from working interest capable of being interest in land.

Continued on next page

SOMMAIRE

Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)72

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L'expulsion d'un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l'expulsion de la Loi sur l'immigration sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2(b), 2(d) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d'expulsion — Les garanties procédurales accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de la justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)133

Immigration — Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 70(1)(b) de la Loi sur l'immigration — La section d'appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'art. 70(1)(b) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)(b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)84

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division's decisions on appeals by permanent residents from removal order.

Immigration — Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase "having regard to all the circumstances of the case" in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

R. v. Benji.....142

Criminal law — Indictment — Direct indictment — Attorney General can prefer direct indictment against accused for offences for which accused has already been committed for trial after preliminary inquiry — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 577.

R. v. Tessier144

Criminal law — Evidence — Confession — Voluntariness — Trial judge ruling that accused's statements were involuntary and inadmissible — Trial judge properly applied required elements of voluntariness test.

R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.....156

Labour law — Picketing — Secondary picketing — Union members picketing at locations other than employer's premises — Employer obtaining injunction prohibiting such secondary picketing — Whether secondary picketing illegal per se at common law — Whether picketing form of expression engaging s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether wrongful action model making secondary picketing which amounts to tortious or criminal conduct illegal should be adopted.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)3

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether terms "danger to the

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.....146

Droit commercial — Industrie pétrolière et gazière — Redevances dérogatoires — Une redevance dérogatoire issue d'une participation directe peut-elle constituer un intérêt foncier?

Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)84

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la section d'appel de l'immigration sur l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi.

Immigration — Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 70(1)(b) de la Loi sur l'immigration — La section d'appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'art. 70(1)(b) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)(b).

R. c. Benji.....142

Droit criminel — Acte d'accusation — Mise en accusation directe — Le procureur général peut présenter contre un accusé un acte d'accusation portant sur des infractions à l'égard desquelles ce dernier a déjà été renvoyé à procès au terme de l'enquête préliminaire — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 577.

R. c. Tessier144

Droit criminel — Preuve — Confession — Caractère volontaire — Déclarations de l'accusé jugées involontaires et inadmissibles par le juge du procès — Le juge du procès a bien appliqué les éléments requis du critère de détermination du caractère volontaire.

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.....156

Droit du travail — Piquetage — Piquetage secondaire — Membres d'un syndicat piquetant ailleurs qu'à l'établissement de l'employeur — Employeur obtenant une injonction interdisant ce piquetage secondaire — Le piquetage secondaire est-il illégal en soi en common law? — Le piquetage est-il une forme d'expression faisant intervenir l'art. 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Y a-t-il lieu d'adopter l'approche fondée sur la constatation d'un acte fautif qui rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile à une conduite délictuelle ou criminelle?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

security of Canada” and “terrorism” in deportation provisions of immigration legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of torture if deported — Whether procedural safeguards provided to Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Administrative law — Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee’s presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

SOMMAIRE (Fin)

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L’expulsion d’un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l’expulsion de la Loi sur l’immigration sont-ils imprécis au point d’être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’expression — Liberté d’association — L’expulsion d’une personne pour cause d’appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d’association et à la liberté d’expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 2d) — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d’expulsion — Les garanties procédurales accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d’expulsion — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2002

1^{er} volume, 2002

Manickavasagam Suresh *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The United Nations High Commissioner for Refugees, Amnesty International, the Canadian Arab Federation, the Canadian Council for Refugees, the Federation of Associations of Canadian Tamils, the Centre for Constitutional Rights, the Canadian Bar Association and the Canadian Council of Churches *Intervenors*

INDEXED AS: SURESH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2002 SCC 1.

File No.: 27790.

2001: May 22; 2002: January 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether “danger to the security of Canada” and “terrorism” in deportation provisions of immigration legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Manickavasagam Suresh *Appellant*

c.

La ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et la procureure générale du Canada *Intimées*

et

Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Amnistie internationale, la Fédération canado-arabe, le Conseil canadien pour les réfugiés, la Federation of Associations of Canadian Tamils, le Centre for Constitutional Rights, l'Association du Barreau canadien et le Conseil canadien des églises *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SURESH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

Référence neutre : 2002 CSC 1.

N° du greffe : 27790.

2001 : 22 mai; 2002 : 11 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L'expulsion d'un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l'expulsion de la Loi sur l'immigration sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of torture if deported — Whether procedural safeguards provided to Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Administrative law — Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee's presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

The appellant is a Convention refugee from Sri Lanka who has applied for landed immigrant status. In 1995, the Canadian government detained him and commenced deportation proceedings on security grounds, based on the opinion of the Canadian Security Intelligence Service that he was a member and fundraiser of the Liberation Tigers of Tamil Eelam, an organization alleged to be engaged in terrorist activity in Sri Lanka, and whose members are also subject to torture in Sri Lanka. The Federal Court, Trial Division upheld as reasonable the deportation certificate under s. 40.1 of the *Immigration Act* and, following a deportation hearing, an adjudicator held that the appellant should be deported. The Minister of Citizenship and Immigration, after notifying the appellant that she was considering issuing an opinion declaring him to be a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) of the Act, issued such an opinion on the basis of an immigration officer's memorandum and concluded that he should be deported. Although the appellant had presented written submissions and documentary evidence to the Minister, he had not been provided with a copy of the immigration officer's memorandum, nor was he provided with an opportunity to respond to it orally or in writing. The appellant applied for judicial review, alleging that: (1) the Minister's decision was unreasonable; (2) the procedures under the Act were unfair; and (3) the Act infringed ss. 7, 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 2d) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d'expulsion — Les garanties procédurales accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

L'appelant, qui vient du Sri Lanka, est un réfugié au sens de la Convention qui a demandé le droit d'établissement. En 1995, le gouvernement canadien l'a mis en détention et a entamé contre lui des procédures d'expulsion pour des raisons de sécurité, se fondant sur l'opinion du Service canadien du renseignement de sécurité selon laquelle l'appelant appartient aux Tigres libérateurs de l'Eelam tamoul et recueille des fonds pour cette organisation, qui se livrerait à des actes de terrorisme au Sri Lanka et dont les membres sont soumis à la torture au Sri Lanka. La section de première instance de la Cour fédérale a jugé que l'attestation délivrée en vertu de l'art. 40.1 de la *Loi sur l'immigration* était raisonnable. À la suite d'une audience tenue relativement à l'expulsion de l'appelant, un arbitre a conclu que ce dernier devait être expulsé. Après avoir informé l'appelant qu'elle envisageait de déclarer, en vertu de l'al. 53(1)b) de la Loi, qu'il constituait un danger pour la sécurité du Canada, la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a fait la déclaration en question, sur la foi d'une note de service préparée par un agent d'immigration et elle a conclu que l'appelant devait être expulsé. Bien que l'appelant ait eu la possibilité de présenter à la ministre des observations écrites et des éléments de preuve documentaire, on ne lui a pas fourni copie de la note de service de l'agent d'immigration ni donné la possibilité d'y répondre de vive voix ou par écrit. L'appelant a présenté une demande de

Rights and Freedoms. The application for judicial review was dismissed on all grounds. The Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed. The appellant is entitled to a new deportation hearing. The impugned legislation is constitutional.

Deportation to torture may deprive a refugee of the right to liberty, security and perhaps life protected by s. 7 of the *Charter*. Section 7 applies to torture inflicted abroad if there is a sufficient causal connection with Canadian government acts. In determining whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice, Canada's interest in combating terrorism must be balanced against the refugee's interest in not being deported to torture.

Canadian law and international norms reject deportation to torture. Canadian law views torture as inconsistent with fundamental justice. The *Charter* affirms Canada's opposition to government-sanctioned torture by proscribing cruel and unusual treatment or punishment in s. 12. Torture has as its end the denial of a person's humanity; this lies outside the legitimate domain of a criminal justice system. The prohibition of torture is also an emerging peremptory norm of international law which cannot be easily derogated from. The Canadian rejection of torture is reflected in the international conventions which Canada has ratified. Deportation to torture is prohibited by both the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Article 33 of the *Convention Relating to the Status of Refugees*, which on its face does not categorically reject deportation to torture, should not be used to deny rights that other legal instruments make available to everyone. International law generally rejects deportation to torture, even where national security interests are at stake.

In exercising the discretion conferred by s. 53(1)(b) of the *Immigration Act*, the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7. Insofar as the Act leaves open the possibility of deportation to

contrôle judiciaire, plaidant les moyens suivants : (1) la décision de la ministre était déraisonnable, (2) la procédure établie par la Loi n'était pas équitable et (3) la Loi portait atteinte aux droits et libertés garantis à l'art. 7 et aux al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée, aucun des moyens invoqués n'ayant été retenu. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'appelant a droit à une nouvelle audience concernant son expulsion. Les dispositions législatives contestées sont constitutionnelles.

L'expulsion d'un réfugié vers un pays où il risque la torture peut porter atteinte au droit à la liberté, au droit à la sécurité de sa personne et, peut-être, au droit à la vie qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte*. L'article 7 s'applique à la torture infligée à l'étranger s'il existe un lien causal suffisant entre la torture et les actes du gouvernement canadien. Pour décider si l'atteinte à ces droits est conforme aux principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme et le droit du réfugié de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture.

Le droit canadien et les normes internationales rejettent les expulsions impliquant un risque de torture. En droit canadien, la torture est considérée comme incompatible avec la justice fondamentale. La *Charte* confirme l'opposition du Canada à la torture sanctionnée par l'État en interdisant, à l'art. 12, les traitements ou peines cruels et inusités. Le but de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale. La prohibition de la torture est également une norme impérative en devenant du droit international à laquelle on ne peut déroger inconsidérément. Le fait que le Canada rejette le recours à la torture ressort des conventions internationales qu'il a ratifiées. Tant le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* que la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* interdisent d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture. L'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés*, qui semble a priori aller à l'encontre de l'opposition catégorique aux expulsions impliquant un risque de torture, ne doit pas être invoqué pour nier des droits que d'autres instruments juridiques reconnaissent universellement à chacun. Le droit international rejette généralement les expulsions impliquant un risque de torture, même lorsque la sécurité nationale est en jeu.

Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, la ministre doit se conformer aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7. Dans la mesure où la Loi

torture (a possibility which is not here excluded), the Minister should generally decline to deport refugees where on the evidence there is a substantial risk of torture. Applying these principles, s. 53(1)(b) does not violate s. 7 of the *Charter*.

The terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” are not unconstitutionally vague. The term “danger to the security of Canada” in deportation legislation must be given a fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms. A person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence, and involving substantial threatened harm. Properly defined, the term “danger to the security of Canada” gives those who might come within the ambit of s. 53 fair notice of the consequences of their conduct, while adequately limiting law enforcement discretion. While there is no authoritative definition of the term “terrorism” as found in s. 19 of the *Immigration Act*, it is sufficiently settled to permit legal adjudication. Following the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, “terrorism” in s. 19 of the Act includes any act intended to cause death or bodily injury to a civilian or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its very nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or abstain from doing any act.

Section 19 of the *Immigration Act*, defining the class of persons who may be deported because they constitute a danger to the security of Canada, as incorporated into s. 53 of the Act, does not breach the appellant’s constitutional rights of free expression and association. The Minister’s discretion to deport under s. 53 is confined to persons who pose a threat to the security of Canada and have been engaged in violence or activities directed at violence. Expression taking the form of violence or terror, or directed towards violence or terror, is unlikely to find shelter under the *Charter*. Provided that the Minister exercises her discretion in accordance with the

n’écarter pas la possibilité d’expulser une personne vers un pays où elle risque la torture (possibilité qui n’est pas exclue en l’espèce), la ministre doit généralement refuser d’expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l’existence d’un risque sérieux de torture. Lorsque ces principes sont appliqués, l’al. 53(1)(b) ne porte pas atteinte aux droits garantis par l’art. 7 de la *Charte*.

Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » ne sont pas imprécis au point d’être inconstitutionnels. Dans le contexte des dispositions régissant l’expulsion, l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doit être interprétée de façon large et équitable, et en conformité avec les normes internationales. Une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve et faire craindre un préjudice sérieux. Suivant l’interprétation qu’il convient de lui donner, l’expression « danger pour la sécurité du Canada » prévient raisonnablement les personnes susceptibles d’être visées par l’art. 53 des conséquences que pourrait avoir leur conduite, tout en limitant convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi. Malgré l’absence de définition, faisant autorité, du terme « terrorisme » figurant à l’art. 19 de la *Loi sur l’immigration*, son sens est suffisamment certain pour permettre aux tribunaux de rendre des décisions. À la lumière de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, le terme « terrorisme » employé à l’art. 19 de la *Loi* inclut tout acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque.

Tel qu’il est incorporé dans l’art. 53 de la *Loi sur l’immigration*, l’art. 19 de cette loi, qui définit la catégorie de personnes qui peuvent être expulsées parce qu’elles constituent un danger pour la sécurité du Canada, ne porte pas atteinte au droit à la liberté d’expression et d’association garanti à l’appelant par la Constitution. Le pouvoir discrétionnaire de la ministre d’expulser une personne en vertu de l’art. 53 se limite aux personnes qui menacent la sécurité du Canada et ont participé à des actes de violence ou à des activités contribuant à la violence. Une forme d’expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme ne bénéficiera vraisemblablement

Act, the guarantees of free expression and free association are not violated.

Section 7 of the *Charter* does not require the Minister to conduct a full oral hearing or judicial process. However, a refugee facing deportation to torture under s. 53(1)(b) must be informed of the case to be met. Subject to privilege and other valid reasons for reduced disclosure, the material on which the Minister bases her decision must be provided to the refugee. The refugee must be provided with an opportunity to respond in writing to the case presented to the Minister, and to challenge the Minister's information. The refugee is entitled to present evidence and make submissions on: whether his or her continued presence in Canada will be detrimental to Canada under s. 19 of the Act; the risk of torture upon return; and the value of assurances of non-torture by foreign governments. The Minister must provide written reasons for her decision dealing with all relevant issues. These procedural protections apply where the refugee has met the threshold of establishing a *prima facie* case that there may be a risk of torture upon deportation. The appellant has met this threshold. Since he was denied the required procedural safeguards and the denial cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, the case is remanded to the Minister for reconsideration.

Although it is unnecessary in this case to review the Minister's decisions on deportation, where such a review is necessary the reviewing court should generally adopt a deferential approach to the Minister's decision on whether a refugee's presence constitutes a danger to the security of Canada. This discretionary decision may only be set aside if it is patently unreasonable in the sense that it was made arbitrarily or in bad faith, cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors. Likewise, the Minister's decision on whether a refugee faces a substantial risk of torture upon deportation should be overturned only if it is not supported on the evidence or fails to consider the appropriate factors. The court should not reweigh the factors or interfere merely because it would have come to a different conclusion.

blement pas de la protection des garanties prévues par la *Charte*. Si la ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Loi, il n'y a pas atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'association garanties par la Constitution.

L'article 7 de la *Charte* n'oblige pas la ministre à tenir une audience ou une instance judiciaire complète. Toutefois, le réfugié qui, par application de l'al. 53(1)(b), est susceptible d'être expulsé vers un pays où il risque la torture doit être informé des éléments invoqués contre lui. Sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, tous les éléments sur lesquels la ministre fonde sa décision doivent être communiqués au réfugié. Le réfugié doit se voir accorder la possibilité de réfuter par écrit la preuve présentée à la ministre et de contester l'information recueillie par celle-ci. Le réfugié a le droit de présenter des éléments de preuve et des observations relativement aux questions suivantes : la question de savoir si sa présence au pays serait préjudiciable au Canada au regard de l'art. 19 de la Loi; le risque qu'il soit torturé après son renvoi dans le pays de destination; et la valeur de toute assurance donnée par le gouvernement étranger qu'il ne sera pas soumis à la torture. La ministre doit justifier sa décision en exposant des motifs écrits à l'égard de toutes les questions pertinentes. Ces garanties procédurales s'appliquent lorsque le réfugié satisfait au critère préliminaire et établit *prima facie* qu'il pourrait risquer la torture s'il était expulsé. L'appelant a satisfait à ce critère. Étant donné qu'on lui a refusé les garanties procédurales requises et que ce refus ne saurait être justifié au regard de l'article premier de la *Charte*, l'affaire est renvoyée à la ministre pour réexamen.

Quoiqu'il ne soit pas nécessaire, en l'espèce, de contrôler les décisions de la ministre relativement à l'expulsion, lorsqu'un tel contrôle est nécessaire, le tribunal de révision doit généralement appliquer une approche caractérisée par la retenue à l'égard de la décision de la ministre sur la question de savoir si la présence du réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada. Cette décision discrétionnaire ne peut être annulée que si elle est manifestement déraisonnable en ce qu'elle aurait été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, qu'elle n'est pas étayée par la preuve ou que la ministre a omis de tenir compte des facteurs pertinents. De même, la décision de la ministre relativement à la question de savoir si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion ne doit être annulée que si elle n'est pas étayée par la preuve ou si elle n'a pas été prise en tenant compte des facteurs pertinents. Le tribunal ne doit pas soupeser à nouveau ces facteurs, ni intervenir simplement parce qu'il serait arrivé à une conclusion différente.

Cases Cited

Referred to: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board (1974)*, 52 D.L.R. (3d) 728; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Prosecutor v. Furundzija*, 38 I.L.M. 317 (1999); *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827; H.C. 6536/95, *Har'm Abu Zayda v. Israel General Security Service*, 38 I.L.M. 1471 (1999); *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 1998, c. 35.
African Charter on Human and Peoples' Rights, 21 I.L.M. 58, Art. 5.
American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, Art. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 7, 12.
Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Can. T.S. 1987 No. 36, Arts. 1, 2(1), (2), 3(1), 16(2), 17-24.
Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft, Can. T.S. 1972 No. 23.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board (1974)*, 52 D.L.R. (3d) 728; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Procureur c. Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827; H.C. 6536/95, *Har'm Abu Zayda v. Israel General Security Service*, 38 I.L.M. 1471 (1999); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170.

Lois et règlements cités

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), art. 5.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(b), (d), 7, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 269.1.
Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 5.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, R.T. Can. 1987 n° 36, art. 1, 2(1), (2), 3(1), 16(2), 17-24.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 55, art. 3.

- Convention on the Physical Protection of Nuclear Material*, 18 I.L.M. 1419.
- Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6, Preamble, Art. 33.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 269.1.
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, Art. 3.
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 25, Art. 3.
- Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 55, Art. 3.
- Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 163, Art. 3.
- Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Can. T.S. 1965 No. 20, p. 84, Art. 3.
- Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 2, 19(1)(e)(iv)(C), (f)(ii), (iii)(B) [am. 1992, c. 49, s. 11(2)], 40.1 [ad. c. 29 (4th Supp.), s. 4], 53(1)(a), (b) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 43], (c), (d), 82.1(1), 82.2.
- International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, 37 I.L.M. 249.
- International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, GA Res. 54/109, 9 December 1999, Annex, Art. 2(1).
- International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, Arts. 4, 7.
- Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 5.
- Universal Islamic Declaration of Human Rights* (1981), 9:2 *The Muslim World League Journal* 25, Art. VII.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, Arts. 53, 64.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 25, art. 3.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 163, art. 3.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, R.T. Can. 1965 n° 20, p. 84, art. 3.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 53, 64.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 3.
- Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, Doc. NU A/52/164, annexe.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, Rés. AG 54/109, 9 décembre 1999, annexe, art. 2(1).
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, R.T. Can. 1972 n° 23.
- Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, préambule, art. 33.
- Convention sur la protection physique des matières nucléaires* (1980).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, p. 71 (1948), art. 5.
- Déclaration islamique universelle des droits de l'homme* (1981), art. VII.
- Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 2, 19(1)(e)(iv)(C), (f)(ii), (iii)(B) [mod. 1992, ch. 49, art. 11(2)], 40.1 [aj. ch. 29 (4^e suppl.), art. 4], 53(1)(a), (b) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 43; rempl. 1995, ch. 15, art. 12], (c), (d), 82.1(1), 82.2.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 4, 7.

Authors Cited

- Bell, J. Bowyer. *A Time of Terror: How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence*. New York: Basic Books, 1978.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Farrell, William Regis. *The U.S. Government Response to Terrorism: In Search of an Effective Strategy*. Boulder, Col.: Westview Press, 1982.
- Grahl-Madsen, Atle. *Commentary on the Refugee Convention, 1951*. Geneva: Division of International

Doctrine citée

- Bell, J. Bowyer. *A Time of Terror: How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence*. New York: Basic Books, 1978.
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Emanuelli, Claude. *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1998.
- Farrell, William Regis. *The U.S. Government Response to Terrorism: In Search of an Effective Strategy*. Boulder, Col.: Westview Press, 1982.
- Grahl-Madsen, Atle. *Commentary on the Refugee Convention, 1951*. Geneva: Division of International

- Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1997.
- Hannikainen, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988.
- Hathaway, James C., and Colin J. Harvey. "Framing Refugee Protection in the New World Disorder" (2001), 34 *Cornell Int'l L.J.* 257.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Joyner, Christopher C. "Offshore Maritime Terrorism: International Implications and the Legal Response" (1983), 36 *Naval War Col. Rev.* 16.
- Kash, Douglas. "Abductions of Terrorists in International Airspace and on the High Seas" (1993), 8 *Fla. J. Int'l L.* 65.
- Levitt, Geoffrey. "Is 'Terrorism' Worth Defining?" (1986), 13 *Ohio N.U. L. Rev.* 97.
- Porras, Ileana M. "On Terrorism: Reflections on Violence and the Outlaw" (1994), *Utah L. Rev.* 119.
- Scarry, Elaine. *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Schachter, Oscar. "The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases" (1989), 11 *Houston J. Int'l L.* 309.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*, 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Report on the Thirty-sixth Session*, UN ESCOR, 1980, Supp. No. 3, UN Doc. E/CN.4/1408.
- United Nations. Committee against Torture. *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Canada*, UN Doc. CAT/C/XXV/Concl.4 (2000).
- United Nations. General Assembly. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Sixteenth Meeting*, UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951).
- United Nations. General Assembly. *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, GA Res. 3452 (XXX), UN Doc. A/10034 (1975).
- United Nations. Human Rights Committee. *General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1, at p. 30 (1994).
- Protection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1997.
- Hannikainen, Lauri. *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*. Helsinki : Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988.
- Hathaway, James C., and Colin J. Harvey. « Framing Refugee Protection in the New World Disorder » (2001), 34 *Cornell Int'l L.J.* 257.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
- Joyner, Christopher C. « Offshore Maritime Terrorism : International Implications and the Legal Response » (1983), 36 *Naval War Col. Rev.* 16.
- Kash, Douglas. « Abductions of Terrorists in International Airspace and on the High Seas » (1993), 8 *Fla. J. Int'l L.* 65.
- Levitt, Geoffrey. « Is "Terrorism" Worth Defining? » (1986), 13 *Ohio N.U. L. Rev.* 97.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons : Summary Record of the Sixteenth Meeting*, Doc. NU A/CONF.2/SR.16 (1951).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 3452 (XXX), Doc. NU A/10034 (1975).
- Nations Unies. Comité contre la torture. *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada*, Doc. NU CAT/C/XXV/Concl.4 (2000).
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale 20, Article 7 (Quarante-quatrième session, 1992), Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Doc. NU HRI/GEN/I/Rev. 1, p. 31 (1994).
- Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Rapport sur la trente-sixième session*, Doc. Off. CES NU, 1980, suppl. n° 3, Doc. NU E/CN.4/1408.
- Porras, Ileana M. « On Terrorism : Reflections on Violence and the Outlaw » (1994), *Utah L. Rev.* 119.
- Scarry, Elaine. *The Body in Pain : The Making and Unmaking of the World*. Oxford : Oxford University Press, 1985.
- Schachter, Oscar. « The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases » (1989), 11 *Houston J. Int'l L.* 309.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*, 4th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1997.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 2 F.C. 592, 183 D.L.R. (4th) 629, 252 N.R. 1, 18 Admin. L.R. (3d) 159, 5 Imm. L.R. (3d) 1, [2000] F.C.J. No. 5 (QL), upholding a judgment of the Trial Division (1999), 173 F.T.R. 1, 50 Imm. L.R. (2d) 183, 65 C.R.R. (3d) 344, [1999] F.C.J. No. 865 (QL). Appeal allowed.

Barbara Jackman and Ronald Poulton, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell, for the respondents.

John Terry and Jennifer A. Orange, for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees.

Written submissions only by *Michael F. Battista* and *Michael Bossin*, for the intervener Amnesty International.

Audrey Macklin, for the intervener the Canadian Arab Federation.

Jack C. Martin and Sharryn J. Aiken, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Written submissions only by *Jamie Cameron*, for the intervener the Federation of Associations of Canadian Tamils.

Written submissions only by *David Cole*, for the intervener the Centre for Constitutional Rights.

David Matas, for the intervener the Canadian Bar Association.

Written submissions only by *Marlys Edwardh* and *Breese Davies*, for the intervener the Canadian Council of Churches.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — In this appeal we hold that Suresh is entitled to a new deportation hearing under the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. Suresh came to Canada from Sri Lanka in 1990. He was recognized as a Convention refugee in 1991 and applied for landed immigrant status. In 1995

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 2 C.F. 592, 183 D.L.R. (4th) 629, 252 N.R. 1, 18 Admin. L.R. (3d) 159, 5 Imm. L.R. (3d) 1, [2000] A.C.F. n° 5 (QL), confirmant une décision de la Section de première instance (1999), 173 F.T.R. 1, 50 Imm. L.R. (2d) 183, 65 C.R.R. (3d) 344, [1999] A.C.F. n° 865 (QL). Pourvoi accueilli.

Barbara Jackman et Ronald Poulton, pour l'appelant.

Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell, pour les intimées.

John Terry et Jennifer A. Orange, pour l'intervenant le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *Michael F. Battista* et *Michael Bossin*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Audrey Macklin, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

Jack C. Martin et Sharryn J. Aiken, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Argumentation écrite seulement par *Jamie Cameron*, pour l'intervenante la Federation of Associations of Canadian Tamils.

Argumentation écrite seulement par *David Cole*, pour l'intervenant le Centre for Constitutional Rights.

David Matas, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Argumentation écrite seulement par *Marlys Edwardh* et *Breese Davies*, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — En l'espèce, nous concluons que M. Suresh a droit à la tenue, sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, d'une nouvelle audience relativement à son expulsion. M. Suresh est arrivé au Canada en 1990, en provenance du Sri Lanka. Après avoir obtenu le statut

the government detained him and started proceedings to deport him to Sri Lanka on grounds he was a member and fundraiser for the Liberation Tigers of Tamil Eelam (“LTTE”), an organization alleged to engage in terrorist activity in Sri Lanka. Suresh challenged the order for his deportation on various grounds of substance and procedure. In these reasons we examine the *Immigration Act* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and find that deportation to face torture is generally unconstitutional and that some of the procedures followed in Suresh’s case did not meet the required constitutional standards. We therefore conclude that Suresh is entitled to a new hearing.

de réfugié au sens de la Convention en 1991, il a demandé le droit d’établissement. En 1995, le gouvernement a ordonné sa mise en détention et entamé des procédures en vue d’obtenir son expulsion vers le Sri Lanka pour le motif qu’il appartenait aux Tigres libérateurs de l’Eelam tamoul (« LTTE ») et recueillait des fonds pour cette organisation, qui se livrerait à des actes de terrorisme au Sri Lanka. M. Suresh a contesté la mesure d’expulsion, invoquant divers moyens substantiels et procédurux. Dans les présents motifs, nous concluons, après examen de la *Loi sur l’immigration* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qu’une mesure d’expulsion impliquant un risque de torture est généralement inconstitutionnelle et que certaines des procédures suivies dans le cas de l’appelant n’étaient pas conformes aux normes constitutionnelles applicables. En conséquence, nous estimons que M. Suresh a droit à une nouvelle audience.

2

The appeal requires us to consider a number of issues: the standard to be applied in reviewing a ministerial decision to deport; whether the *Charter* precludes deportation to a country where the refugee faces torture or death; whether deportation on the basis of mere membership in an alleged terrorist organization unjustifiably infringes the *Charter* rights of free expression and free association; whether “terrorism” and “danger to the security of Canada” are unconstitutionally vague; and whether the deportation scheme contains adequate procedural safeguards to ensure that refugees are not expelled to a risk of torture or death.

Dans le cadre du présent pourvoi, nous devons répondre à un certain nombre de questions : Quelle norme s’applique en cas de contrôle judiciaire de la décision de la ministre d’expulser la personne visée? La *Charte* fait-elle obstacle à l’expulsion d’un réfugié vers un pays où il risque la torture ou la mort? L’expulsion d’une personne pour le seul motif qu’elle appartient à une présumée organisation terroriste porte-t-elle atteinte de manière injustifiable au droit à la liberté d’expression et à la liberté d’association garanti par la *Charte*? Les termes « terrorisme » et « danger pour la sécurité du Canada » sont-ils imprécis au point d’être inconstitutionnels? Le régime d’expulsion comporte-t-il des garanties procédurales adéquates pour éviter que des réfugiés soient expulsés vers des pays où ils risquent la torture ou la mort?

3

The issues engage concerns and values fundamental to Canada and indeed the world. On the one hand stands the manifest evil of terrorism and the random and arbitrary taking of innocent lives, rippling out in an ever-widening spiral of loss and fear. Governments, expressing the will of the governed, need the legal tools to effectively meet this challenge.

Ces questions mettent en jeu des préoccupations et des valeurs fondamentales pour le Canada et, de fait, pour l’ensemble de la communauté internationale. D’un côté, il y a le fléau manifeste du terrorisme et le meurtre gratuit et arbitraire de personnes innocentes, situations qui nourrissent l’engrenage de la destruction et de la peur. Pour exprimer la volonté des citoyens, les gouvernements ont besoin des outils juridiques propres à leur permettre de relever efficacement ce défi.

On the other hand stands the need to ensure that those legal tools do not undermine values that are fundamental to our democratic society — liberty, the rule of law, and the principles of fundamental justice — values that lie at the heart of the Canadian constitutional order and the international instruments that Canada has signed. In the end, it would be a Pyrrhic victory if terrorism were defeated at the cost of sacrificing our commitment to those values. Parliament’s challenge is to draft laws that effectively combat terrorism and conform to the requirements of our Constitution and our international commitments.

We conclude that to deport a refugee to face a substantial risk of torture would generally violate s. 7 of the *Charter*. The Minister of Citizenship and Immigration must exercise her discretion to deport under the *Immigration Act* accordingly. Properly applied, the legislation conforms to the *Charter*. We reject the arguments that the terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” are unconstitutionally vague and that ss. 19 and 53(1)(b) of the Act violate the *Charter* guarantees of free expression and free association, and conclude that the Act’s impugned procedures, properly followed, are constitutional. We believe these findings leave ample scope to Parliament to adopt new laws and devise new approaches to the pressing problem of terrorism.

Applying these conclusions, we find that the appellant Suresh made a *prima facie* case showing a substantial risk of torture if deported to Sri Lanka, and that his hearing did not provide the procedural safeguards required to protect his right not to be expelled to a risk of torture or death. This means that the case must be remanded to the Minister for reconsideration. The immediate result is that Suresh will remain in Canada until his new hearing is complete. Parliament’s scheme read

De l’autre côté, il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique — liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale — et qui sont au cœur de l’ordre constitutionnel canadien et des instruments internationaux dont le Canada est signataire. En effet, ce serait une victoire à la Pyrrhus que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion à ces valeurs. Le défi du Parlement consiste à rédiger des lois qui combattent efficacement le terrorisme tout en respectant les exigences de notre Constitution et nos engagements internationaux.

Nous estimons que l’expulsion d’un réfugié vers un pays où il court un risque sérieux de torture porte généralement atteinte aux droits garantis par l’art. 7 de la *Charte*. La ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration doit exercer en conséquence son pouvoir discrétionnaire l’autorisant à prendre une mesure d’expulsion en vertu de la *Loi sur l’immigration*. Appliquée régulièrement, la Loi est conforme à la *Charte*. Nous rejetons l’argument selon lequel les termes « terrorisme » et « danger pour la sécurité du Canada » sont inconstitutionnels pour cause d’imprécision et l’argument voulant que l’art. 19 et l’al. 53(1)(b) de la Loi portent atteinte au droit à la liberté d’expression et à la liberté d’association garanti par la *Charte*. Nous concluons que la procédure établie par la Loi et contestée par l’appelant est constitutionnelle lorsqu’elle est appliquée régulièrement. Nous sommes d’avis que ces conclusions laissent au Parlement la latitude voulue pour adopter de nouvelles dispositions législatives et mettre au point d’autres stratégies à l’égard du problème urgent que constitue le terrorisme.

Applicant ces conclusions, nous estimons que l’appellant Suresh a établi *prima facie* qu’il court un risque sérieux de torture s’il est expulsé au Sri Lanka et qu’il n’a pas bénéficié, à l’audience tenue à son sujet, des garanties procédurales requises pour protéger son droit de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture ou la mort. Le dossier doit donc être renvoyé à la ministre pour réexamen. Dans l’immédiat, il s’ensuit que Suresh demeurera au Canada jusqu’à ce que la nouvelle audition de

4

5

6

in light of the Canadian Constitution requires no less.

I. Facts and Judicial Proceedings

sa cause soit complétée. Interprété à la lumière de la Constitution canadienne, le régime établi par le Parlement n'exige rien de moins.

I. Les faits et les procédures judiciaires

Né en 1955, l'appellant Manickavasagam Suresh est citoyen du Sri Lanka et de descendance tamoule. Arrivé au Canada en octobre 1990, il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention en avril 1991 par la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Cette reconnaissance a un certain nombre de conséquences juridiques, la plus directement pertinente en l'espèce étant que, suivant le par. 53(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'État ne peut généralement pas renvoyer un réfugié au sens de la Convention « dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ».

7 The appellant, Manickavasagam Suresh, was born in 1955. He is a Sri Lankan citizen of Tamil descent. Suresh entered Canada in October 1990, and was recognized as a Convention refugee by the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board in April 1991. Recognition as a Convention refugee has a number of legal consequences; the one most directly relevant to this appeal is that, under s. 53(1) of the *Immigration Act*, generally the government may not return (“*refouler*”) a Convention refugee “to a country where the person’s life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”.

8 In the summer of 1991, the appellant applied for landed immigrant status in Canada. His application was not finalized because, in late 1995, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration commenced proceedings to deport Suresh to Sri Lanka on security grounds.

Au cours de l'été 1991, l'appellant a demandé le droit d'établissement au Canada. Sa demande n'a pas été complétée parce que, à la fin de 1995, le solliciteur général du Canada et la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont engagé des procédures en vue de l'expulser au Sri Lanka pour des raisons de sécurité.

9 The first step in the procedure was a certificate under s. 40.1 of the *Immigration Act* alleging that Suresh was inadmissible to Canada on security grounds. The Solicitor General and the Minister filed the certificate with the Federal Court of Canada on October 17, 1995, and Suresh was detained the following day.

La première étape de la procédure a été la remise, en application de l'art. 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, d'une attestation portant que M. Suresh n'était pas admissible au Canada pour des raisons de sécurité. Le 17 octobre 1995, le solliciteur général et la ministre ont déposé l'attestation à la Cour fédérale et, le lendemain, M. Suresh a été mis en détention.

10 The s. 40.1 certificate was based on the opinion of the Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”) that Suresh is a member of the LTTE, an organization that, according to CSIS, is engaged in terrorist activity in Sri Lanka and functions in Canada under the auspices of the World Tamil Movement (“WTM”). LTTE supports the cause of Tamils in the ongoing Sri Lankan civil war. The struggle is a protracted and bitter one. The Tamils are in rebellion against the democratically elected government

L'attestation prévue à l'art. 40.1 s'appuyait sur l'opinion du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») selon laquelle M. Suresh est membre des LTTE, organisation qui, selon le SCRS, se livre au terrorisme au Sri Lanka et est active au Canada sous les auspices du World Tamil Movement (« WTM »). Les LTTE appuient la cause des Tamouls dans la guerre civile qui fait rage actuellement au Sri Lanka. Il s'agit d'un conflit brutal, qui dure

of Sri Lanka. Their grievances are deep-rooted, and atrocities appear to be commonplace on both sides. The conflict has its roots in measures taken by a past government which, in the view of the Tamil minority, deprived it of basic linguistic, cultural and political rights. Subsequent governments have made attempts to accommodate these grievances, find a political solution, and re-establish civilian controls on the security and defence establishments, but a solution has yet to be found.

Human rights reporting on the practices of the Sri Lanka security forces indicates that the use of torture is widespread, particularly against persons suspected of membership in the LTTE. In a report dated 2001, Amnesty International cites frequent incidents of torture by the police and army, including a report that five labourers arrested on suspicion of involvement with the LTTE were tortured by police. One of them died apparently as a result of the torture.

The s. 40.1 certificate was referred to the Federal Court for determination “whether the certificate filed by the Minister and the Solicitor General is reasonable on the basis of the evidence and information available” as required by s. 40.1(4)(d) — the second step in the deportation procedure. Pursuant to s. 40.1(5), the designated judge is entitled to receive and consider any evidence the judge “sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law”.

In August 1997, after 50 days of hearings, Teitelbaum J. upheld the s. 40.1 certificate, finding it “reasonable” under s. 40.1(4)(d) of the Act: (1997), 140 F.T.R. 88. Specifically, Teitelbaum J. found that: (1) Suresh had been a member of the LTTE since his youth and is now (or was at the time of Teitelbaum J.’s consideration) a member of the LTTE executive; (2) the WTM is part of the LTTE or at least an organization that supports the activities of the LTTE; (3) Suresh obtained refugee status “by wilful misrepresentation of facts” and lacks credibility;

depuis longtemps. Les Tamouls sont en rébellion contre le gouvernement démocratiquement élu du Sri Lanka. Leurs récriminations sont profondément enracinées et les atrocités semblent être monnaie courante de part et d’autre. Le conflit tire ses origines de mesures qui ont été prises par un gouvernement antérieur et qui, de l’avis de la minorité tamoule, auraient privé celle-ci de ses droits linguistiques, culturels et politiques fondamentaux. Les gouvernements subséquents ont tenté de satisfaire les revendications, de trouver une solution politique et de rétablir l’autorité du pouvoir civil sur les forces de l’ordre et les forces armées, mais l’impasse demeure.

Selon des rapports sur les droits de la personne portant sur les pratiques des forces de l’ordre au Sri Lanka, le recours à la torture y est répandu, particulièrement contre les personnes soupçonnées d’appartenir aux LTTE. Suivant un rapport d’Amnistie internationale établi en 2001, la police et l’armée auraient fréquemment recours à la torture. Par exemple, la police aurait arrêté puis torturé cinq ouvriers soupçonnés d’avoir des liens avec les LTTE, et l’un d’eux en serait mort.

Conformément à la deuxième étape de la procédure d’expulsion, l’attestation prévue à l’art. 40.1 a été renvoyée à la Cour fédérale pour que celle-ci décide « si l’attestation est raisonnable, compte tenu des éléments de preuve et d’information à sa disposition », comme l’exige l’al. 40.1(4)(d). Aux termes du par. 40.1(5), le juge désigné peut recevoir et admettre les éléments de preuve qu’il « juge utiles, indépendamment de leur recevabilité devant les tribunaux ».

Au mois d’août 1997, après 50 jours d’audience, le juge Teitelbaum a confirmé l’attestation, estimant qu’elle était « raisonnable » au sens de l’al. 40.1(4)(d) de la Loi : [1997] A.C.F. n° 1537 (QL) (1^{re} inst.). Plus précisément, il a tiré les conclusions suivantes : (1) M. Suresh est devenu membre des LTTE dès sa jeunesse et il fait actuellement partie (ou faisait partie au moment de l’examen de l’attestation par le juge Teitelbaum) de la direction des LTTE, (2) le WTM est affilié aux LTTE ou à tout le moins appuie leurs activités, (3) M. Suresh a obtenu

11

12

13

(4) there are reasonable grounds to believe the LTTE has committed terrorist acts; and (5) Tamils arrested by Sri Lankan authorities are badly mistreated and in a number of cases the mistreatment bordered on torture.

le statut de réfugié en donnant [TRADUCTION] « délibérément de fausses indications sur des faits » et il n'a aucune crédibilité, (4) il existe des motifs raisonnables de croire que les LTTE ont commis des actes de terrorisme et (5) les Tamouls arrêtés par les autorités sri lankaises subissent de mauvais traitements et, dans un certain nombre de cas, les sévices infligés ont frôlé la torture.

14 A deportation hearing followed — the third step in the deportation procedure. The adjudicator found no reasonable grounds to conclude Suresh was directly engaged in terrorism under s. 19(1)(f)(ii), but held that he should be deported on grounds of membership in a terrorist organization under ss. 19(1)(f)(iii)(B) and 19(1)(e)(iv)(C).

Une audience relative à l'expulsion a été tenue, en l'occurrence la troisième étape de la procédure. L'arbitre a conclu à l'inexistence de motifs raisonnables de croire que M. Suresh s'était lui-même livré à des actes de terrorisme au sens du sous-al. 19(1)(f)(ii), mais il a estimé qu'il devait être expulsé pour cause d'appartenance à une organisation terroriste pour les raisons prévues aux div. 19(1)(f)(iii)(B) et 19(1)(e)(iv)(C).

15 On the same day, September 17, 1997, the Minister took the fourth step in the deportation process, notifying Suresh that she was considering issuing an opinion declaring him to be a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) of the Act, which permits the Minister to deport a refugee on security grounds even where the refugee's "life or freedom" would be threatened by the return. In response to the Minister's notification, Suresh submitted written arguments and documentary evidence, including reports indicating the incidence of torture, disappearances, and killings of suspected members of LTTE.

Le même jour, le 17 septembre 1997, la ministre a accompli la quatrième étape de la procédure d'expulsion en informant M. Suresh qu'elle envisageait de déclarer, en vertu de l'al. 53(1)(b) de la Loi, qu'il constituait un danger pour la sécurité du Canada. Cette disposition autorise la ministre à expulser un réfugié pour des raisons de sécurité même lorsque « sa vie ou sa liberté » seraient menacées par le renvoi. M. Suresh a donné suite à cet avis en présentant des observations écrites et des éléments de preuve documentaire, notamment des rapports faisant état de la torture, de la disparition et de l'exécution de personnes soupçonnées d'être membres des LTTE.

16 Donald Gautier, an immigration officer for Citizenship and Immigration Canada, considered the submissions and recommended that the Minister issue an opinion under s. 53(1)(b) that Suresh constituted a danger to the security of Canada. Noting Suresh's links to LTTE, he stated that "[t]o allow Mr. Suresh to remain in this country and continue his activities runs counter to Canada's international commitments in the fight against terrorism". At the same time, Mr. Gautier acknowledged that Mr. Suresh "is not known to have personally committed any acts of violence either in Canada or Sri Lanka" and that his activities on Canadian soil were "non-violent" in nature. Gautier found that Suresh faced

Un agent d'immigration de Citoyenneté et Immigration Canada, M. Donald Gautier, a examiné les observations présentées par M. Suresh et recommandé à la ministre de déclarer, en vertu de l'al. 53(1)(b), que M. Suresh constituait un danger pour la sécurité du Canada. Soulignant les liens de l'appelant avec les LTTE, il a affirmé que « [p]ermettre à M. Suresh de demeurer au pays et d'y poursuivre ses activités va à l'encontre des engagements internationaux du Canada sur le plan de la lutte au terrorisme ». Par ailleurs, il a reconnu que M. Suresh « n'est pas réputé avoir commis lui-même des actes de violence au Canada ou au Sri Lanka » et que ses activités en sol canadien

a risk on returning to Sri Lanka, but this was difficult to assess; might be tempered by his high profile; and was counterbalanced by Suresh's terrorist activities in Canada. He concluded that, "on balance, there are insufficient humanitarian and compassionate considerations present to warrant extraordinary consideration". Accordingly, on January 6, 1998, the Minister issued an opinion that Suresh constituted a danger to the security of Canada and should be deported pursuant to s. 53(1)(b). Suresh was not provided with a copy of Mr. Gautier's memorandum, nor was he provided an opportunity to respond to it orally or in writing. No reasons are required under s. 53(1)(b) of the *Immigration Act* and none were given.

Suresh applied to the Federal Court for judicial review, alleging that the Minister's decision was unreasonable; that the procedures under the Act, which did not require an oral hearing and independent decision-maker, were unfair; and that the Act unconstitutionally violated ss. 7 and 2 of the *Charter*. McKeown J. (1999), 65 C.R.R. (2d) 344, dismissed the application on all grounds. In his view, the Minister's decision was not unreasonable and the Act was constitutional.

On the s. 7 challenge, McKeown J. found that the Minister, weighing the risk of exposing Suresh to torture against the danger that Suresh posed to the security of Canada, had satisfied the requirements of fundamental justice. McKeown J. acknowledged that the s. 7 *Charter* analysis should be informed by international law, and by the *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Can. T.S. 1987 No. 36 ("CAT"), in particular. However, the CAT applies only where there are "substantial grounds" to believe that the person in question would be in danger of being tortured. Suresh had not met this test he held, in part because he had not submitted to the Minister a personal statement outlining why he believed he was at risk. McKeown J. concluded that the appellant's expulsion would not "shock the

étaient de nature « non violente ». M. Gautier a estimé que M. Suresh s'exposerait à certains dangers à son retour au Sri Lanka, mais que ces dangers étaient difficiles à évaluer, que la notoriété de Suresh pourrait les réduire et que ses activités terroristes au Canada les contrebalançaient. Il a conclu que, « tout bien considéré, il n'est pas fondé d'accorder un traitement spécial à ce cas pour des motifs d'ordre humanitaire ». Le 6 janvier 1998, la ministre a donc déclaré, en vertu de l'al. 53(1)b), que M. Suresh constituait un danger pour la sécurité du Canada et devait être expulsé. M. Suresh n'a ni obtenu copie du mémoire de M. Gautier ni eu la possibilité d'y répondre de vive voix ou par écrit. L'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que les décisions prises sous son régime soient motivées et celle rendue en l'espèce ne l'a pas été.

M. Suresh a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire, plaidant que la décision de la ministre était déraisonnable, que la procédure établie par la Loi — qui n'exige pas la tenue d'une audience par un décideur indépendant — n'était pas équitable et que la Loi violait de manière inconstitutionnelle les art. 7 et 2 de la *Charte*. Le juge McKeown n'a retenu aucuns des motifs invoqués et il a rejeté la demande ([1999] A.C.F. n° 865 (QL) (1^{re} inst.)). À son avis, la décision de la ministre n'était pas déraisonnable et la Loi était constitutionnelle.

En ce qui concerne la prétention fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, le juge McKeown a estimé que, en souessant le risque que M. Suresh soit soumis à la torture et le danger qu'il constituait pour la sécurité du Canada, la ministre avait satisfait aux exigences de la justice fondamentale. Il a reconnu que, dans l'analyse fondée sur l'art. 7, les tribunaux devaient prendre en compte le droit international, notamment la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, R.T. Can. 1987 n° 36 (« CCT »). Cependant, cette dernière ne s'applique que s'il y a des « motifs sérieux » de croire que la personne visée risque d'être soumise à la torture. De conclure le juge McKeown, M. Suresh n'avait pas satisfait à ce critère, en partie parce qu'il n'avait pas présenté à la ministre une déclaration

17

18

conscience” of Canadians, the test for unconstitutionality under s. 7 of the *Charter*.

personnelle énonçant les raisons pour lesquelles il croyait courir un risque. Le juge McKeown a estimé que l’expulsion de l’appelant n’était pas une mesure qui « choquerait la conscience » des Canadiens, critère d’inconstitutionnalité au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

19 On the s. 2 challenge, McKeown J. found that Suresh’s activities as a fundraiser could not be considered “expression” under s. 2(b), since those activities were conducted in the service of a violent organization. He also found that Suresh’s activities were not protected under s. 2(d), since the association in question existed to commit acts of violence. As to Suresh’s vagueness arguments, McKeown J. held that neither the term “danger to the security of Canada” nor the term “terrorism” is unconstitutionally vague. Accordingly, McKeown J. dismissed the application.

Quant à la prétention fondée sur l’art. 2, le juge McKeown s’est dit d’avis que les activités de levée de fonds de M. Suresh ne pouvaient être considérées comme une forme d’« expression » visée par l’al. 2b), puisque ces activités étaient exercées pour le compte d’une organisation vouée à la violence. Il a également jugé que les activités n’étaient pas protégées par l’al. 2d), étant donné que la raison d’être de l’organisation en cause était la perpétration d’actes de violence. Quant aux arguments fondés sur l’imprécision, le juge McKeown a estimé que ni l’expression « danger pour la sécurité du Canada » ni le mot « terrorisme » n’étaient imprécis au point d’être inconstitutionnels. Il a en conséquence rejeté la demande.

20 Suresh appealed to the Federal Court of Appeal. It too dismissed his application. Robertson J.A., for the court, held that the right under international law to be free from torture was limited by a country’s right to expel those who pose a security risk: [2000] 2 F.C. 592. He held, at paras. 31-32, that the *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 (“*Refugee Convention*”), permits derogation from the prohibition against deportation to torture and that, in any event, Canadian statutory law supersedes customary international law. He agreed with McKeown J. that fundraising to support terrorist violence was not protected under s. 2. He also agreed that the *Immigration Act* procedures were adequate; in particular, no oral hearing was required to assess the risk of torture upon deportation. Finally, he agreed that neither the term “danger to the security of Canada” nor the term “terrorism” is unconstitutionally vague.

M. Suresh a interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale, qui l’a également débouté. S’exprimant pour la cour, le juge Robertson a conclu que le droit à la protection contre la torture prévu par le droit international était limité par le droit d’un État de refouler quiconque menace sa sécurité : [2000] 2 C.F. 592. Il a jugé, aux par. 31-32, que la *Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, permet de déroger à la prohibition des expulsions impliquant un risque de torture et que, quoi qu’il en soit, les lois canadiennes ont préséance sur le droit international coutumier. Il a souscrit à l’opinion du juge McKeown selon laquelle la levée de fonds pour financer des actes de violence terroriste n’était pas une activité protégée par l’art. 2. Il a lui aussi estimé que la procédure établie par la *Loi sur l’immigration* était adéquate et, en particulier, qu’aucune audience n’était requise pour évaluer le risque de torture. Enfin, il a jugé que ni l’expression « danger pour la sécurité du Canada » ni le mot « terrorisme » ne sont inconstitutionnels pour cause d’imprécision.

21 Robertson J.A. rejected Suresh’s argument that s. 53(1)(b) of the Act is unconstitutional insofar as

Le juge Robertson a rejeté l’argument de M. Suresh voulant que l’al. 53(1)b) de la Loi soit

it permits the Minister to expel a refugee to torture. He held that while deportation to torture violates s. 7's guarantee of the right to life, liberty and security of the person, the violation was justified under s. 1. The objective of preventing Canada from becoming a haven for terrorist organizations was pressing and substantial and the deportation provision was a proportionate response to that objective bearing in mind the limitations on the power of deportation, its use as a measure of last resort and Canada's international obligations to combat terrorism. Expulsion of a refugee who is a danger to the security of Canada would not violate the sense of justice or "shock the conscience" of most Canadians, notwithstanding that the refugee might face torture on return, because Canada would be neither the first nor the last link in the chain of causation leading to torture, but merely an involuntary intermediary.

Finally, Robertson J.A. rejected the alternate argument that s. 53(1)(b), if constitutional, violated Suresh's s. 7 right to security in its application. The administrative decision to deport Suresh properly considered the risk Suresh posed to Canada, acknowledged the risk of torture Suresh would face upon return to Sri Lanka, noted factors that might reduce the risk, and held that on balance it was outweighed by Canada's interest in its own security.

Suresh now appeals to this Court.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

inconstitutionnel dans la mesure où il autorise la ministre à expulser un réfugié vers un pays où il risque la torture. Bien que l'expulsion vers un tel pays porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, le juge Robertson a estimé que l'atteinte était justifiée au regard de l'article premier. L'objectif de faire en sorte que le Canada ne devienne pas un refuge pour les organisations terroristes étant urgent et réel, les dispositions relatives à l'expulsion constituent une mesure proportionnée à cet objectif eu égard aux limites assortissant l'exercice du pouvoir d'expulsion, au fait qu'il s'agit d'une mesure de dernier recours et aux obligations internationales du Canada en matière de lutte contre le terrorisme. L'expulsion d'un réfugié qui constitue un danger pour la sécurité du Canada ne serait pas contraire au sens de la justice de la plupart des Canadiens et n'aurait pas pour effet de « choquer leur conscience » — et ce malgré le fait que le réfugié pourrait risquer la torture dans le pays de destination —, puisque le Canada ne serait ni le premier ni le dernier maillon de la chaîne causale de la torture, mais plutôt un simple intermédiaire involontaire.

Enfin, le juge Robertson a rejeté l'argument subsidiaire selon lequel l'al. 53(1)(b), s'il est constitutionnel, porte atteinte dans son application au droit de M. Suresh à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7. Dans la décision administrative ordonnant l'expulsion de M. Suresh, on a dûment tenu compte du risque que constitue ce dernier pour le Canada, on a reconnu qu'il risquait la torture à son retour au Sri Lanka, on a souligné les facteurs susceptibles de réduire ce risque et on a conclu que, en définitive, le droit du Canada d'assurer sa propre sécurité l'emportait sur ce risque.

M. Suresh se pourvoit maintenant devant notre Cour.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

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

22

23

24

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

. . .

(d) freedom of association.

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.

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

. . .

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

. . .

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.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

. . .

d) liberté d'association.

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.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

. . .

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

. . .

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle :

. . .

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

. . .

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

. . .

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada;

III. Issues

We propose to consider the issues in the following order:

1. What is the appropriate standard of review with respect to ministerial decisions under s. 53(1)(b) of the *Immigration Act*?
2. Are the conditions for deportation in the *Immigration Act* constitutional?
 - (a) Does the Act permit deportation to torture contrary to the *Charter*?
 - (b) Are the terms "danger to the security of Canada" and "terrorism" unconstitutionally vague?
 - (c) Does deportation for membership in a terrorist organization unjustifiably violate the *Charter* guarantees of freedom of expression and freedom of association?
3. Are the procedures for deportation set out in the *Immigration Act* constitutionally valid?

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas :

b) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

III. Les questions en litige

Nous allons examiner les questions suivantes, dans l'ordre de leur formulation.

1. Quelle est la norme de contrôle applicable à l'égard des décisions ministérielles fondées sur l'al. 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*?
2. Les conditions d'expulsion prévues par la *Loi sur l'immigration* sont-elles constitutionnelles?
 - a) La Loi permet-elle de procéder, en contravention de la *Charte*, à une expulsion impliquant un risque de torture?
 - b) Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels?
 - c) L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste viole-t-elle de manière injustifiable les droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association garantis par la *Charte*?
3. La procédure d'expulsion établie par la *Loi sur l'immigration* est-elle constitutionnelle?

4. Examining Suresh's case in light of the conclusions to the foregoing questions, should the Minister's order be set aside and a new hearing ordered?

IV. Analysis

1. Standard of Review

26

This appeal involves a consideration of four types of issues: (1) constitutional review of the provisions of the *Immigration Act*; (2) whether Suresh's presence in Canada constitutes a danger to national security; (3) whether Suresh faces a substantial risk of torture upon return to Sri Lanka; and (4) whether the procedures used by the Minister under the Act were adequate to protect Suresh's constitutional rights.

27

The issues of the constitutionality of the deportation provisions of the *Immigration Act* do not involve review of ministerial decision-making. The fourth issue of the adequacy of the procedures under the Act will be considered separately later in these reasons. At this point, our inquiry is into the standard of review to be applied to the second and third issues — the Minister's decisions on whether Suresh poses a risk to the security of Canada and whether he faces a substantial risk of torture on deportation. The latter was characterized by Robertson J.A. as a constitutional decision and hence requires separate treatment. It is our view that the threshold question is factual, that is whether there is a substantial risk of torture if the appellant is sent back, although this inquiry is mandated by s. 7 of the *Charter*. The constitutional issue is whether it would shock the Canadian conscience to deport Suresh once a substantial risk of torture has been established. This is when s. 7 is engaged. Since we are ordering a new hearing on procedural grounds, we are not required in this appeal to review the Minister's decisions on whether Suresh's presence constitutes a danger to the security of Canada and whether he faces a substantial risk of torture on deportation. However, we offer the follow-

4. Si l'on examine le dossier de l'appelant Suresh à la lumière des réponses apportées aux questions qui précèdent, faut-il annuler la mesure prise par la ministre et ordonner la tenue d'une nouvelle audience?

IV. L'analyse

1. La norme de contrôle

Le présent pourvoi soulève des questions de quatre ordres : (1) Est-ce que les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* sont constitutionnelles? (2) Est-ce que la présence de M. Suresh au Canada constitue un danger pour la sécurité nationale? (3) Est-ce que ce dernier court un risque sérieux de torture à son retour au Sri Lanka? (4) Est-ce que la procédure suivie par la ministre en application de la *Loi* protégeait adéquatement les droits constitutionnels de M. Suresh?

Les questions touchant à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur l'immigration* en matière d'expulsion ne requièrent pas l'examen de la décision ministérielle. Nous examinerons plus loin, séparément, la quatrième question, soit celle de savoir si la procédure établie dans la *Loi* est adéquate. À cette étape-ci, nous nous demandons quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer aux deuxième et troisième questions, c'est-à-dire les décisions de la ministre relativement à la question de savoir si M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada et s'il court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion. Le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a qualifié cette dernière décision de décision d'ordre constitutionnel et, de ce fait, elle commande un traitement distinct. Nous sommes d'avis que, bien que cette analyse soit exigée par l'art. 7 de la *Charte*, la question préliminaire suivante est une question de fait : Existe-t-il un risque sérieux que l'appelant soit soumis à la torture s'il est renvoyé au Sri Lanka? La question constitutionnelle consiste à se demander si, une fois établie l'existence d'un risque sérieux de torture, l'expulsion de M. Suresh choquerait la conscience des Canadiens. C'est à ce moment qu'entre en jeu l'art. 7. Comme nous ordonnons la tenue d'une nouvelle audience pour des motifs d'ordre

ing comments to assist courts in future ministerial review.

The trial judge and the Court of Appeal rejected Suresh's submission that the highest standard of review should apply to the determination of the rights of refugees. Robertson J.A., while inclined to apply a deferential standard of review to whether Suresh constituted a danger to the security of Canada, concluded that the decision could be maintained on any standard. Robertson J.A. went on to state (at paras. 131-36) that while the Act and the Constitution place constraints on the Minister's exercise of her discretion, these do not extend to a judicially imposed obligation to give particular weight to particular factors. On the question of whether he would face a substantial risk of torture on return, a question that he viewed as constitutional rather than merely one of judicial review, Robertson J.A. did not determine the applicable standard of review, concluding that even on the stringent standard of correctness the Minister's decision should be upheld.

The first question is what standard should be adopted with respect to the Minister's decision that a refugee constitutes a danger to the security of Canada. We agree with Robertson J.A. that the reviewing court should adopt a deferential approach to this question and should set aside the Minister's discretionary decision if it is patently unreasonable in the sense that it was made arbitrarily or in bad faith, it cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors. The court should not reweigh the factors or interfere

procédural, nous ne sommes pas tenus, dans le cadre du présent pourvoi, de contrôler les décisions de la ministre relativement à la question de savoir si la présence de M. Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada et s'il court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion. Nous formulons cependant les observations suivantes, afin d'aider les tribunaux qui seront appelés ultérieurement à contrôler une décision ministérielle.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont rejeté la prétention de M. Suresh selon laquelle il convenait d'appliquer la norme de contrôle la plus exigeante à la détermination des droits des réfugiés. Bien qu'il ait été enclin à appliquer une norme de contrôle caractérisée par la retenue dans le cadre de l'examen de la décision relative à la première question, c.-à-d. celle de savoir si Suresh constitue un danger pour la sécurité du Canada, le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale a conclu que la décision pourrait être confirmée, indépendamment de la norme appliquée. Il a ajouté (aux par. 131-136) que, bien que la Loi et la Constitution assujettissent à certaines limites l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la ministre, ces limites ne comportent pas d'obligation, imposée par les tribunaux, de tenir compte de facteurs particuliers. Quant à la question de savoir si M. Suresh courrait un risque sérieux de torture à son retour au Sri Lanka, question qui selon le juge Robertson appelle un contrôle de la constitutionnalité et non un simple contrôle judiciaire, ce dernier ne s'est pas prononcé sur la norme de contrôle applicable, et il a conclu que, même au regard de la norme rigoureuse de la décision correcte, la décision de la ministre devait être confirmée.

La première question consiste à déterminer quelle norme de contrôle doit être appliquée à la décision ministérielle portant qu'un réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada. Nous souscrivons à l'opinion du juge Robertson selon laquelle le tribunal de révision doit faire preuve de retenue à cet égard et annuler la décision discrétionnaire seulement si elle est manifestement déraisonnable parce qu'elle aurait été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, qu'elle n'est pas étayée par la preuve ou que la ministre a omis de tenir compte

merely because it would have come to a different conclusion.

des facteurs pertinents. Le tribunal de révision ne doit ni soupeser à nouveau les différents facteurs ni intervenir uniquement parce qu'il serait arrivé à une autre conclusion.

30

This conclusion is mandated by *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, which reviewed the principles for determining the standard of review according to the functional and pragmatic approach. In *Pushpanathan*, the Court emphasized that the ultimate question is always what the legislature intended. One looks to the language of the statute as well as a number of factors to determine that intention. Here the language of the Act (the Minister must be “of the opinion” that the person constitutes a danger to the security of Canada) suggests a standard of deference. So, on the whole, do the factors to be considered: (1) the presence or absence of a clause negating the right of appeal; (2) the relative expertise of the decision-maker; (3) the purpose of the provision and the legislation generally; and (4) the nature of the question (*Pushpanathan, supra*, at paras. 29-38).

Cette constatation s'impose compte tenu de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, dans lequel notre Cour a examiné les principes de détermination de la norme de contrôle selon l'analyse fonctionnelle et pragmatique. Dans cet arrêt, notre Cour a souligné que, en définitive, il s'agit toujours de dégager l'intention du législateur. Pour ce faire, on prend en compte le texte de la loi et un certain nombre de facteurs. En l'espèce, le texte de la Loi (qui précise que la personne doit, « selon le ministre », constituer un danger pour la sécurité du Canada) suggère l'application d'une norme caractérisée par la retenue. Quant aux facteurs à considérer — (1) la présence ou l'absence d'une clause excluant le droit d'appel, (2) l'expertise relative du décideur, (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble et (4) la nature du problème — (*Pushpanathan, précité*, par. 29-38), ils permettent également, dans l'ensemble, de tirer la même conclusion.

31

The first factor suggests that Parliament intended only a limited right of appeal. Although the Minister's s. 53(1)(b) opinion is not protected by a privative clause, it may only be appealed by leave of the Federal Court, Trial Division (s. 82.1(1)), and that leave decision may not itself be appealed (s. 82.2). The second factor, the relative expertise of the decision-maker, again favours deference. As stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, “[t]he fact that the formal decision-maker is the Minister is a factor militating in favour of deference” (para. 59). The Minister, as noted by Lord Hoffmann in *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at para. 62, “has access to special information and expertise in . . . matters [of national security]”. The third factor — the purpose of the legislation — again favours deference. This purpose, as discussed in *Pushpanathan, supra*, at para. 73, is to permit a “humanitarian balance” of various interests — “the seriousness of the danger

Le premier facteur indique que le législateur n'entendait accorder qu'un droit d'appel restreint. Bien que l'opinion arrêtée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en vertu de l'al. 53(1)(b) ne soit pas protégée par une clause privative, elle n'est susceptible de contrôle judiciaire que sur autorisation de la Section de première instance de la Cour fédérale (par. 82.1(1)), et la décision d'accorder ou non cette autorisation est sans appel (art. 82.2). Le deuxième facteur — savoir l'expertise relative du décideur — milite également en faveur de la retenue. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, « [l]e fait que, officiellement, le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue » (par. 59). Comme l'a signalé lord Hoffmann dans *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), par. 62, le ministre [TRADUCTION] « a accès à des sources d'information et d'expertise particulières

posed to Canadian society” on the one hand, and “the danger of persecution upon *refoulement*” on the other. Again, the Minister is in a superior position to a court in making this assessment. Finally, the nature of the case points to deference. The inquiry is highly fact-based and contextual. As in *Baker*, *supra*, at para. 61, the s. 53(1)(b) danger opinion “involves a considerable appreciation of the facts of that person’s case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules”, suggesting it merits a wide degree of deference.

These factors suggest that Parliament intended to grant the Minister a broad discretion in issuing a s. 53(1)(b) opinion, reviewable only where the Minister makes a patently unreasonable decision. It is true that the question of whether a refugee constitutes a danger to the security of Canada relates to human rights and engages fundamental human interests. However, it is our view that a deferential standard of ministerial review will not prevent human rights issues from being fully addressed, provided proper procedural safeguards are in place and provided that any decision to deport meets the constitutional requirements of the *Charter*.

The House of Lords has taken the same view in *Rehman*, *supra*. Lord Hoffmann, following the events of September 11, 2001, added the following postscript to his speech (at para. 62):

I wrote this speech some three months before the recent events in New York and Washington. They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of

en [. . .] matière [de sécurité nationale] ». Le troisième facteur — l’objet de la loi — milite lui aussi en faveur de la retenue. Il ressort de notre analyse dans *Pushpanathan*, précité, par. 73, que cet objet est de permettre un « équilibre des considérations humanitaires » entre les divers intérêts, soit « la gravité du danger pour la société canadienne », d’une part, et « [le] danger de persécution en cas de refoulement », d’autre part. Là encore, le ministre est mieux placé que les tribunaux pour procéder à cette évaluation. Enfin, la nature du problème favorise elle aussi la retenue. L’analyse est largement contextuelle et tributaire des faits. Tout comme dans *Baker*, précité, par. 61, la déclaration prononcée en application de l’al. 53(1)b) relativement au danger « demande principalement l’appréciation de faits relatifs au cas d’une personne, et ne porte pas sur l’application ni sur l’interprétation de règles de droit précises », de sorte qu’elle justifie une grande retenue.

Ces facteurs tendent à indiquer que le législateur a voulu conférer au ministre un grand pouvoir discrétionnaire dans l’application de l’al. 53(1)b), et ne permettre le contrôle judiciaire de sa décision que si elle est manifestement déraisonnable. Il est vrai que la question de savoir si un réfugié constitue un danger pour la sécurité du Canada touche aux droits de la personne et met en jeu des intérêts humains fondamentaux. Cependant, nous estimons que l’application d’une norme caractérisée par la retenue n’empêche pas l’examen exhaustif de toutes les questions liées aux droits de la personne, à condition que des garanties procédurales adéquates existent et que la mesure d’expulsion satisfasse aux exigences constitutionnelles prévues par la *Charte*.

La Chambre des lords a adopté le même point de vue dans l’arrêt *Rehman*, précité. Après les événements du 11 septembre 2001, lord Hoffmann a ajouté le post-scriptum suivant à ses motifs (au par. 62) :

[TRADUCTION] J’ai rédigé les présents motifs environ trois mois avant les événements survenus récemment à New York et à Washington. Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l’erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire

whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove. [Emphasis added.]

de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter. [Je souligne.]

34 It follows that the weighing of relevant factors is not the function of a court reviewing the exercise of ministerial discretion (see, for instance, *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 607, where Iacobucci J. explained that a reviewing court should not disturb a decision based on a "broad discretion" unless the tribunal has "made some error in principle in exercising its discretion or has exercised its discretion in a capricious or vexatious manner").

Il s'ensuit que la pondération des facteurs pertinents ne ressortit pas au tribunal appelé à contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel (voir, par exemple, *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 607, où le juge Iacobucci a expliqué que le tribunal de révision doit s'abstenir de modifier une décision rendue dans l'exercice d'un « vaste pouvoir discrétionnaire », sauf si l'auteur de cette décision « a commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou [s'il] l'a exercé d'une façon arbitraire ou vexatoire »).

35 The Court's recent decision in *Baker, supra*, did not depart from this view. Rather, it confirmed that the pragmatic and functional approach should be applied to all types of administrative decisions in recognition of the fact that a uniform approach to the determination of the proper standard of review is preferable, and that there may be special situations where even traditionally discretionary decisions will best be reviewed according to a standard other than the deferential standard which was universally applied in the past to ministerial decisions (see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403).

Dans le récent arrêt *Baker*, précité, notre Cour n'a pas dérogé à cette opinion. Elle a plutôt confirmé l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle à tous les types de décisions administratives, reconnaissant qu'il est préférable de recourir à une démarche uniforme aux fins de détermination de la norme de contrôle applicable et qu'il peut se présenter des situations particulières où il vaut mieux, même à l'égard de décisions discrétionnaires au sens traditionnel, appliquer une autre norme que la norme caractérisée par la retenue qui était appliquée de manière systématique antérieurement à toutes les décisions ministérielles (voir *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403).

36 The Court specified in *Baker, supra*, that a nuanced approach to determining the appropriate standard of review was necessary given the difficulty in rigidly classifying discretionary and non-discretionary decisions (paras. 54-55). The Court also made it clear in *Baker* that its approach "should not be seen as reducing the level of deference

Dans l'arrêt *Baker*, précité, notre Cour a précisé qu'il était nécessaire de recourir à une démarche nuancée pour déterminer la norme de contrôle applicable, vu la difficulté que crée le fait de classer rigidement les décisions discrétionnaires et non discrétionnaires (par. 54-55). Dans cette affaire, notre Cour a également indiqué que son

given to decisions of a highly discretionary nature” (para. 56) and, moreover, that any ministerial obligation to consider certain factors “gives the applicant no right to a particular outcome or to the application of a particular legal test” (para. 74). To the extent this Court reviewed the Minister’s discretion in that case, its decision was based on the ministerial delegate’s failure to comply with self-imposed ministerial guidelines, as reflected in the objectives of the Act, international treaty obligations and, most importantly, a set of published instructions to immigration officers.

The passages in *Baker* referring to the “weight” of particular factors (see paras. 68 and 73-75) must be read in this context. It is the Minister who was obliged to give proper weight to the relevant factors and none other. *Baker* does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors: see *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.); *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (Ont. C.A.); *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Dagg, supra*, at paras. 111-12, *per* La Forest J. (dissenting on other grounds).

This standard appropriately reflects the different obligations of Parliament, the Minister and the reviewing court. Parliament’s task is to establish the criteria and procedures governing deportation, within the limits of the Constitution. The Minister’s task is to make a decision that conforms to Parliament’s criteria and procedures as well as the Constitution. The court’s task, if called upon to review the Minister’s decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making

analyse « ne devrait pas être considérée comme une diminution du niveau de retenue accordé aux décisions de nature hautement discrétionnaire » (par. 56) et, qui plus est, que l’obligation du ministre de tenir compte de certains facteurs « ne donne au demandeur aucun droit à un résultat précis ou à l’application d’un critère juridique particulier » (par. 74). Dans la mesure où notre Cour a contrôlé l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre dans cette affaire, sa décision se fondait sur l’omission du délégué du ministre de se conformer à des lignes directrices établies par le ministre lui-même, telles qu’elles se dégageaient des objectifs de la Loi ainsi que des obligations découlant de conventions internationales et, surtout, des directives destinées aux agents d’immigration.

C’est dans ce contexte qu’il faut interpréter les passages de *Baker* où il est question de l’« importance accordée » à certains facteurs (par. 68 et 73-75). Il n’incombait à personne d’autre qu’au ministre d’accorder l’importance voulue aux facteurs pertinents. Cet arrêt n’a pas pour effet d’autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d’évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l’omission d’un délégué du ministre de prendre en considération et d’évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents : voir *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.); *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (C.A. Ont.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Dagg*, précité, par. 111-112, le juge La Forest (dissident pour d’autres motifs).

Cette norme tient dûment compte des diverses obligations du Parlement, du ministre et du tribunal de révision. Le Parlement a pour tâche d’établir, conformément aux limites fixées par la Constitution, les critères et procédures applicables en matière d’expulsion. Le ministre doit rendre une décision conforme à la fois à la Constitution et aux critères et procédures établis par le Parlement. Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a

37

38

power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution. If the Minister has considered the appropriate factors in conformity with these constraints, the court must uphold his decision. It cannot set it aside even if it would have weighed the factors differently and arrived at a different conclusion.

exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution. Si le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et respecté ces limites, le tribunal doit confirmer sa décision. Il ne peut l'annuler, même s'il aurait évalué les facteurs différemment et serait arrivé à une autre conclusion.

39

This brings us to the question of the standard of review of the Minister's decision on whether the refugee faces a substantial risk of torture upon deportation. This question is characterized as constitutional by Robertson J.A., to the extent that the Minister's decision to deport to torture must ultimately conform to s. 7 of the *Charter*: see *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, per La Forest J.; and *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 32. As mentioned earlier, whether there is a substantial risk of torture if Suresh is deported is a threshold question. The threshold question here is in large part a fact-driven inquiry. It requires consideration of the human rights record of the home state, the personal risk faced by the claimant, any assurances that the claimant will not be tortured and their worth and, in that respect, the ability of the home state to control its own security forces, and more. It may also involve a reassessment of the refugee's initial claim and a determination of whether a third country is willing to accept the refugee. Such issues are largely outside the realm of expertise of reviewing courts and possess a negligible legal dimension. We are accordingly of the view that the threshold finding of whether Suresh faces a substantial risk of torture, as an aspect of the larger s. 53(1)(b) opinion, attracts deference by the reviewing court to the Minister's decision. The court may not reweigh the factors considered by the Minister, but may intervene if the decision is not supported by the evidence or fails to consider the appropriate factors. It must be recognized that the nature of the evidence required may be limited by the nature of the inquiry. This is consistent with the reasoning of this Court in *Kindler, supra*, at pp. 836-37, where considerable deference was shown to ministerial decisions involving similar considerations in the context of a constitutional revision,

Nous allons maintenant nous demander quelle norme de contrôle doit être appliquée à la décision de la ministre sur la question de savoir si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion. Le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale qualifie cette question de question constitutionnelle dans la mesure où la décision d'expulser le réfugié vers un pays où il risque la torture doit en définitive respecter l'art. 7 de la *Charte* : voir *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, le juge La Forest; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 32. Comme il a été mentionné plus tôt, la question de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion est une question préliminaire. En l'espèce, la réponse à cette question dépend en grande partie des faits. Elle exige la prise en considération des antécédents du pays d'origine en matière de respect des droits de la personne, des risques personnels courus par le demandeur, de toute assurance que l'intéressé ne sera pas torturé et de la valeur de telles assurances — et, à cet égard, de la capacité du pays d'origine de contrôler ses propres forces de l'ordre —, ainsi que de bien d'autres considérations. Il peut également comporter la réévaluation de la demande initiale du réfugié et l'examen de la question de savoir si un pays tiers est disposé à l'accueillir. Ces questions échappent en grande partie au champ d'expertise des tribunaux de révision et leur aspect juridique est négligeable. Nous sommes par conséquent d'avis que le tribunal de révision doit faire montre de retenue à l'égard de la conclusion concernant la question préliminaire de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture, en tant qu'aspect de l'opinion générale formulée en vertu de l'al. 53(1)(b). Le tribunal ne peut soupeser à nouveau les facteurs pris en compte par le ministre, mais il peut intervenir si la décision n'est pas étayée par la preuve ou si elle n'a pas été prise en tenant compte des facteurs

that is in the context of a decision where the s. 7 interest was engaged.

Before leaving the issue of standard of review, it is useful to underline the distinction between standard of review and the evidence required to establish particular facts in issue. For example, some authors suggest a lower evidentiary standard may govern decisions at entry (under ss. 2 and 19 of the Act) than applies to decisions to deport a landed Convention refugee under s. 53(1)(b): see J. C. Hathaway and C. J. Harvey “Framing Refugee Protection in the New World Disorder” (2001), 34 *Cornell Int’l L.J.* 257, at p. 288. This does not imply different standards of review. Different administrative decisions involve different factors, stemming from the statutory scheme and the particular issues raised. Yet the same standard of review may apply.

We conclude that in reviewing ministerial decisions to deport under the Act, courts must accord deference to those decisions. If the Minister has considered the correct factors, the courts should not reweigh them. Provided the s. 53(1)(b) decision is not patently unreasonable — unreasonable on its face, unsupported by evidence, or vitiated by failure to consider the proper factors or apply the appropriate procedures — it should be upheld. At the same time, the courts have an important role to play in ensuring that the Minister has considered the relevant factors and complied with the requirements of the Act and the Constitution.

pertinents. Il faut reconnaître que la nature de la preuve requise peut être limitée par la nature de l’examen. Cette conclusion est compatible avec le raisonnement de notre Cour dans l’arrêt *Kindler*, précité, p. 836-837, où on a fait montre d’une grande retenue à l’égard de décisions ministérielles mettant en cause des considérations semblables dans le contexte d’un contrôle constitutionnel, c’est-à-dire dans le cas d’une décision qui mettait en jeu l’art. 7.

Avant de clore sur la question de la norme de contrôle applicable, il convient de souligner la distinction entre la norme de contrôle et la norme de preuve requise pour étayer certains faits en litige. Par exemple, selon certains auteurs, une norme de preuve moins stricte pourrait s’appliquer à la décision prise à l’admission (suivant les art. 2 et 19 de la Loi) par rapport à la décision d’expulser, en vertu de l’al. 53(1)b), un réfugié au sens de la Convention ayant obtenu le droit d’établissement : voir J. C. Hathaway et C. J. Harvey, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder » (2001), 34 *Cornell Int’l L.J.* 257, p. 288. Cela ne suppose pas l’application de normes de contrôle différentes. Différentes décisions administratives font intervenir des facteurs différents, qui sont fonction du régime établi par la loi en cause et des questions particulières qui se soulèvent. Il peut arriver malgré tout que la même norme de contrôle s’applique.

Nous arrivons à la conclusion que le tribunal appelé à contrôler une mesure d’expulsion ministérielle prononcée en application de la Loi doit faire preuve de retenue à l’égard de ces décisions. Lorsque le ministre a tenu compte des facteurs appropriés, le tribunal ne doit pas les soupeser à nouveau. Si la décision prise en vertu de l’al. 53(1)b) n’est pas manifestement déraisonnable — c’est-à-dire déraisonnable à première vue, non étayée par la preuve ou viciée par l’omission de tenir compte des facteurs pertinents ou d’appliquer la procédure appropriée —, elle doit être confirmée. Toutefois, les tribunaux ont un rôle important à jouer en ce qu’ils doivent s’assurer que le ministre a examiné les facteurs pertinents et qu’il s’est conformé aux exigences de la Loi et de la Constitution.

40

41

2. Are the Conditions for Deportation in the *Immigration Act* Constitutional?

(a) *Does the Act Permit Deportation to Torture Contrary to the Charter?*

42

Suresh opposes his deportation to Sri Lanka on the ground, among others, that on return he faces a substantial risk of torture. McKeown J. found that Suresh had not shown that he personally would risk torture according to the “substantial grounds” test. His finding seems to conflict with that of the immigration officer who acknowledged “that there is a risk to Mr. Suresh on his return to Sri Lanka”, but concluded that “this is counterbalanced by the serious terrorist activities to which he is a party”. Acting on these findings, the Minister ordered Suresh deported.

43

Section 53 of the *Immigration Act* permits deportation “to a country where the person’s life or freedom would be threatened”. The question is whether such deportation violates s. 7 of the *Charter*. Torture is defined in Article 1 of the CAT as including the unlawful use of psychological or physical techniques to intentionally inflict severe pain and suffering on another, when such pain or suffering is inflicted by or with the consent of public officials. A similar definition of torture may be found in s. 269.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

44

Section 7 of the *Charter* guarantees “[e]veryone . . . 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 conceded that “everyone” includes refugees and that deportation to torture may deprive a refugee of liberty, security and perhaps life. The only question is whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. If it is not, s. 7 is violated and, barring justification of the violation under s. 1 of

2. Les conditions d’expulsion prévues par la *Loi sur l’immigration* sont-elles constitutionnelles?

(a) *La Loi permet-elle de procéder, en contravention de la Charte, à une expulsion impliquant un risque de torture?*

M. Suresh conteste son expulsion, notamment pour le motif qu’il ferait face à un risque sérieux de torture à son retour au Sri Lanka. Le juge McKeown a estimé que M. Suresh n’avait pas établi, conformément au critère des « motifs sérieux », qu’il risquerait personnellement la torture. Cette constatation semble contredire celle de l’agent d’immigration qui, après avoir reconnu [TRADUCTION] « que M. Suresh s’expose à certains dangers en retournant au Sri Lanka », a conclu que « le fait qu’il soit associé à des activités terroristes graves [. . .] vient contrebalancer la situation ». Sur la foi de ces conclusions, la ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a ordonné l’expulsion de M. Suresh.

L’article 53 de la *Loi sur l’immigration* autorise l’expulsion d’une personne « dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées ». Il s’agit de décider si une telle expulsion viole l’art. 7 de la *Charte*. Selon la définition énoncée à l’article premier de la CCT, le mot torture s’entend du recours illégitime à des mesures psychologiques ou physiques pour infliger à une personne une douleur ou des souffrances aiguës, lorsque cette douleur ou ces souffrances sont infligées par un agent de l’État ou avec son consentement. On trouve une définition similaire de la torture à l’art. 269.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

L’article 7 de la *Charte* garantit à : « [c]hacun [le] 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 ». Les parties s’accordent pour dire que le mot « chacun » vise les réfugiés et que l’expulsion d’un réfugié vers un pays où il risque la torture peut compromettre sa liberté, sa sécurité et, peut-être, sa vie. La seule question qui se pose est de savoir si l’atteinte à ces droits est conforme aux principes de justice fondamentale. Dans le cas contraire, il y a

the *Charter*, deportation to torture is unconstitutional.

The principles of fundamental justice are to be found in “the basic tenets of our legal system”: *Burns, supra*, at para. 70. “They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. The relevant principles of fundamental justice are determined by a contextual approach that “takes into account the nature of the decision to be made”: *Kindler, supra*, at p. 848, *per* McLachlin J. (as she then was). The approach is essentially one of balancing. As we said in *Burns*, “[i]t is inherent in the . . . balancing process that the outcome may well vary from case to case depending on the mix of contextual factors put into the balance” (para. 65). Deportation to torture, for example, requires us to consider a variety of factors, including the circumstances or conditions of the potential deportee, the danger that the deportee presents to Canadians or the country’s security, and the threat of terrorism to Canada. In contexts in which the most significant considerations are general ones, it is likely that the balance will be struck the same way in most cases. It would be impossible to say in advance, however, that the balance will necessarily be struck the same way in every case.

The inquiry into the principles of fundamental justice is informed not only by Canadian experience and jurisprudence, but also by international law, including *jus cogens*. This takes into account Canada’s international obligations and values as expressed in “[t]he various sources of international human rights law — declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, [and] customary norms”: *Burns*, at paras. 79-81; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348, *per* Dickson C.J. (dissenting); see

violation de l’art. 7 de la *Charte* et, sauf justification de cette violation au regard de l’article premier, une expulsion impliquant un risque de torture est inconstitutionnelle.

Les principes de justice fondamentale se trouvent dans « les préceptes fondamentaux de notre système juridique » : *Burns*, précité, par. 70. « Ils relèvent non pas du domaine de l’ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Les principes de justice fondamentale pertinents sont dégagés au moyen d’une démarche contextuelle qui « tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue » : *Kindler*, précité, p. 848, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Il s’agit essentiellement d’un processus de pondération. Comme nous l’avons dit dans l’arrêt *Burns*, par. 65, « [I]’une des caractéristiques inhérentes du processus de pondération [. . .] est que le résultat peut très bien varier d’une affaire à l’autre, selon les facteurs contextuels mis en balance ». Par exemple, dans les affaires d’expulsion impliquant un risque de torture, il nous faut prendre en compte divers facteurs, y compris la situation de la personne susceptible d’être expulsée, le danger que cette personne constitue pour la sécurité du Canada ou des Canadiens et la menace terroriste qu’elle représente pour le Canada. Lorsque les considérations les plus importantes sont d’ordre général, il est probable que le résultat de la pondération sera le même dans la plupart des cas. Il est toutefois impossible de prédire qu’il sera nécessairement le même dans tous les cas.

L’examen des principes de justice fondamentale s’appuie non seulement sur la jurisprudence et l’expérience canadiennes, mais également sur le droit international, y compris le *jus cogens*. Sont prises en compte, dans cet examen, les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans « [l]es diverses sources du droit international des droits de la personne — les déclarations, les pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières » : *Burns*, précité, par. 79-81; *Renvoi relatif à la Public Service*

45

46

also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 512; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at pp. 1056-57; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 750; and *Baker*, *supra*.

Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348 (le juge en chef Dickson, dissident); voir également *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 512; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056-1057; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 750; et *Baker*, précité.

47 Determining whether deportation to torture violates the principles of fundamental justice requires us to balance Canada's interest in combatting terrorism and the Convention refugee's interest in not being deported to torture. Canada has a legitimate and compelling interest in combatting terrorism. But it is also committed to fundamental justice. The notion of proportionality is fundamental to our constitutional system. Thus we must ask whether the government's proposed response is reasonable in relation to the threat. In the past, we have held that some responses are so extreme that they are *per se* disproportionate to any legitimate government interest: see *Burns*, *supra*. We must ask whether deporting a refugee to torture would be such a response.

Pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à lutter contre le terrorisme. Mais notre pays adhère également aux principes de justice fondamentale. La notion de proportionnalité est un aspect fondamental de notre régime constitutionnel. Par conséquent, nous devons nous demander si la mesure projetée par le gouvernement est raisonnable par rapport à la menace. Dans le passé, notre Cour a jugé que certaines mesures étaient à ce point extrêmes qu'elles étaient en soi disproportionnées à tout intérêt légitime du gouvernement : voir *Burns*, précité. Nous devons nous demander si une expulsion impliquant un risque de torture constitue une telle mesure.

48 With these thoughts in mind, we turn to the question of whether the government may, consistent with the principles of fundamental justice, expel a suspected terrorist to face torture elsewhere: first from the Canadian perspective; then from the perspective of the international norms that inform s. 7.

Gardant ces considérations à l'esprit, nous allons maintenant examiner, sous deux angles, la question de savoir si le gouvernement peut, en conformité avec les principes de justice fondamentale, expulser un présumé terroriste vers un pays où il risque la torture : d'abord au regard du contexte canadien, puis au regard des normes internationales qui sont à la base de l'art. 7.

(i) *The Canadian Perspective*

(i) *Le contexte canadien*

49 The inquiry at this stage is whether, viewed from a Canadian perspective, returning a refugee to the risk of torture because of security concerns violates the principles of fundamental justice where the deportation is effected for reasons of national security. A variety of phrases have been used to describe conduct that would violate fundamental justice. The most frequent is conduct that would "shoc[k] the Canadian conscience" (see *Kindler*, *supra*, at p. 852,

À ce stade-ci de l'analyse, il s'agit de se demander si, au regard du contexte canadien, l'expulsion d'un réfugié — pour des raisons de sécurité nationale — vers un pays où il risque la torture viole les principes de justice fondamentale. Diverses expressions sont utilisées pour décrire une conduite qui violerait la justice fondamentale. La plus fréquente est : conduite qui « choque[rait] la conscience des Canadiens » (voir *Kindler*, précité, p. 852, et

and *Burns, supra*, at para. 60). Without resorting to opinion polls, which may vary with the mood of the moment, is the conduct fundamentally unacceptable to our notions of fair practice and justice?

It can be confidently stated that Canadians do not accept torture as fair or compatible with justice. Torture finds no condonation in our *Criminal Code*; indeed the *Code* prohibits it (see, for example, s. 269.1). The Canadian people, speaking through their elected representatives, have rejected all forms of state-sanctioned torture. Our courts ensure that confessions cannot be obtained by threats or force. The last vestiges of the death penalty were abolished in 1998 and Canada has not executed anyone since 1962: see *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 1998, c. 35. In *Burns*, the then Minister of Justice, in his decision on the order to extradite the respondents *Burns* and *Rafay*, emphasized that “in Canada, Parliament has decided that capital punishment is not an appropriate penalty for crimes committed here, and I am firmly committed to that position” (para. 76). While we would hesitate to draw a direct equation between government policy or public opinion at any particular moment and the principles of fundamental justice, the fact that successive governments and Parliaments have refused to inflict torture and the death penalty surely reflects a fundamental Canadian belief about the appropriate limits of a criminal justice system.

When Canada adopted the *Charter* in 1982, it affirmed the opposition of the Canadian people to government-sanctioned torture by proscribing cruel and unusual treatment or punishment in s. 12. A punishment is cruel and unusual if it “is so excessive as to outrage standards of decency”: see *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at pp. 1072-73, *per* Lamer J. (as he then was). It must be so inherently repugnant that it could never be an appropriate punishment, however egregious the offence. Torture falls into

Burns, précité, par. 60). Quoi qu’en disent les sondages d’opinion, dont le résultat peut varier au gré de l’humeur de la population au moment pertinent, sommes-nous en présence d’une conduite fondamentalement inacceptable au regard de notre conception de la justice et d’une pratique équitable?

On peut avec confiance affirmer que les Canadiens ne considèrent pas la torture comme une pratique équitable ou compatible avec la justice. Notre *Code criminel* ne tolère pas le recours à la torture, de fait il l’interdit (voir, par exemple, l’art. 269.1). Les Canadiens, par la voix de leurs élus, ont rejeté l’idée de toute forme de torture sanctionnée par l’État. Nos tribunaux veillent à ce que les confessions ne puissent être soutirées par la menace ou la force. En 1998, le Parlement a aboli les derniers vestiges de la peine de mort et, depuis 1962, personne n’a été exécuté au Canada : voir la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1998, ch. 35. Dans sa décision relative à l’arrêté d’extradition des intimés *Burns* et *Rafay*, le ministre de la Justice de l’époque a souligné que, [TRADUCTION] « au Canada, le législateur fédéral a décidé que la peine de mort ne constituait pas une peine convenable pour sanctionner les crimes commis dans notre pays, et je souscris pleinement à ce point de vue » (par. 76). Nous n’irions pas jusqu’à dire qu’il peut y avoir adéquation parfaite, à un moment donné, entre la politique gouvernementale ou l’opinion publique d’une part et les principes de justice fondamentale d’autre part, mais le fait que les gouvernements et les parlements qui se sont succédé aient refusé de soumettre quiconque à la torture ou à la peine de mort reflète sûrement une conviction fondamentale des Canadiens quant aux limites devant assortir le système de justice pénale.

Lorsque le Canada a adopté la *Charte* en 1982, il a confirmé l’opposition du peuple canadien à la torture sanctionnée par l’État en interdisant, à l’art. 12, les traitements ou peines cruels et inusités. Une peine est cruelle et inusitée lorsqu’elle « est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072-1073, le juge Lamer (plus tard Juge en chef). Elle doit être si intrinsèquement répugnante qu’elle ne saurait jamais constituer un

50

51

this category. The prospect of torture induces fear and its consequences may be devastating, irreversible, indeed, fatal. Torture may be meted out indiscriminately or arbitrarily for no particular offence. Torture has as its end the denial of a person's humanity; this end is outside the legitimate domain of a criminal justice system: see, generally, E. Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World* (1985), at pp. 27-59. Torture is an instrument of terror and not of justice. As Lamer J. stated in *Smith, supra*, at pp. 1073-74, "some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: for example, the infliction of corporal punishment". As such, torture is seen in Canada as fundamentally unjust.

châtiment approprié, aussi odieuse que soit l'infraction. La torture appartient à cette dernière catégorie. La perspective de la torture provoque la peur et les conséquences de la torture peuvent être dévastatrices, irréversibles, voire fatales. Il peut arriver qu'elle soit infligée sans distinction ou arbitrairement, pour aucune infraction en particulier. Le but ultime de la torture est de priver une personne de son humanité. Ce but ne fait pas partie du domaine légitime du système de justice pénale : voir, de façon générale, E. Scarry, *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World* (1985), p. 27-59. La torture est un instrument de terreur et non de justice. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans l'arrêt *Smith*, précité, p. 1074, « certaines peines ou certains traitements seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine : par exemple, l'imposition d'un châtiment corporel ». En ce sens, la torture est considérée au Canada comme fondamentalement injuste.

52

We may thus conclude that Canadians reject government-sanctioned torture in the domestic context. However, this appeal focuses on the prospect of Canada expelling a person to face torture in another country. This raises the question whether s. 7 is implicated at all. On one theory, our inquiry need be concerned only with the Minister's act of deporting and not with the possible consequences that the expelled refugee may face upon arriving in the destination country. If our s. 7 analysis is confined to what occurs on Canadian soil as a necessary and immediate result of the Minister's decision, torture does not enter the picture. If, on the other hand, our analysis must take into account what may happen to the refugee in the destination country, we surely cannot ignore the possibility of grievous consequences such as torture and death, if a risk of those consequences is established.

Nous pouvons donc conclure que, sur le plan interne, les Canadiens rejettent tout recours à la torture qui serait sanctionné par l'État. Toutefois, l'aspect central du présent pourvoi est plutôt la possibilité que le Canada expulse une personne vers un pays où elle risque la torture. Cela soulève la question de savoir si l'application de l'art. 7 est même en cause. Selon l'une des thèses avancées, notre examen ne devrait s'attacher qu'à l'expulsion de l'appelant par la ministre, et non aux conséquences possibles de cette mesure pour le réfugié dans le pays de destination. Si l'analyse fondée sur l'art. 7 se limite aux répercussions inévitables et immédiates, en sol canadien, de la décision de la ministre, la torture n'entre pas en ligne de compte. Par contre, s'il faut prendre en considération le sort qui pourrait être réservé au réfugié dans le pays de destination, on ne peut certes pas faire abstraction de la possibilité de sérieuses conséquences comme la torture et la mort, si le risque qu'elles se produisent est établi.

53

We discussed this issue at some length in *Burns, supra*. In that case, the United States sought the extradition of two Canadian citizens to face aggravated first degree murder charges in the state of Washington. The respondents *Burns* and *Rafay*

Nous avons examiné cette question de manière assez approfondie dans l'arrêt *Burns*, précité. Dans cette affaire, les États-Unis sollicitaient l'extradition de deux citoyens canadiens contre qui pesaient des accusations de meurtres au premier degré avec

contested the extradition on the grounds that the Minister of Justice had not sought assurances that the death penalty would not be imposed. We rejected the respondents' argument that extradition in such circumstances would violate their s. 12 right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment, finding that the nexus between the extradition order and the mere possibility of capital punishment was too remote to engage s. 12. We agreed, however, with the respondents' argument under s. 7, writing that "[s]ection 7 is concerned not only with the act of extraditing, but also the potential consequences of the act of extradition" (para. 60 (emphasis in original)). We cited, in particular, *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 522, in which La Forest J. recognized that "in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country, may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances". In that case, La Forest J. referred specifically to the possibility that a country seeking extradition might torture the accused on return.

While the instant case arises in the context of deportation and not extradition, we see no reason that the principle enunciated in *Burns* should not apply with equal force here. In *Burns*, nothing in our s. 7 analysis turned on the fact that the case arose in the context of extradition rather than *refoulement*. Rather, the governing principle was a general one — namely, that the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government's participation and the deprivation ultimately effected. We reaffirm that principle here. At least where Canada's participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental

circstances aggravantes dans l'État de Washington. Les intimés Burns et Rafay contestaient leur extradition au motif que le ministre de la Justice n'avait pas demandé d'assurances que la peine de mort ne serait pas infligée. Notre Cour a rejeté l'argument des intimés selon lequel leur extradition dans de telles circonstances porterait atteinte à la protection que leur garantit l'art. 12 contre les traitements ou peines cruels et inusités, estimant que le lien entre l'arrêté d'extradition et la simple possibilité que la peine de mort soit infligée était trop ténu pour entraîner l'application de l'art. 12. Nous avons toutefois retenu la prétention des intimés, fondée sur l'art. 7, affirmant que « [l]'article 7 ne s'attache pas seulement à l'acte d'extradition, mais aussi à ses conséquences potentielles » (par. 60 (souligné dans l'original)). Nous avons notamment cité l'arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, p. 522, dans lequel le juge La Forest a reconnu que « dans certaines situations le traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là, peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances ». Dans *Schmidt*, le juge La Forest avait expressément mentionné la possibilité qu'un pays requérant soumette l'accusé à la torture après son retour dans ce pays.

Bien que, en l'espèce, il soit question d'expulsion et non d'extradition, nous ne voyons aucune raison pour laquelle le principe énoncé dans *Burns* ne s'appliquerait pas avec le même effet. Dans l'arrêt *Burns*, aucun aspect de notre analyse fondée sur l'art. 7 ne dépendait du fait qu'il s'agissait d'une affaire d'extradition plutôt que de *refoulement*. Au contraire, le principe pertinent était un principe de portée générale, savoir que la garantie relative à la justice fondamentale s'applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d'acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu'il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte qui survient en bout de ligne. Nous réaffirmons ce principe en l'espèce. À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et

justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else's hand.

où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l'atteinte en cause serait le fait d'autrui.

55

We therefore disagree with the Federal Court of Appeal's suggestion that, in expelling a refugee to a risk of torture, Canada acts only as an "involuntary intermediary" (para. 120). Without Canada's action, there would be no risk of torture. Accordingly, we cannot pretend that Canada is merely a passive participant. That is not to say, of course, that any action by Canada that results in a person being tortured or put to death would violate s. 7. There is always the question, as there is in this case, of whether there is a sufficient connection between Canada's action and the deprivation of life, liberty, or security.

Nous ne pouvons donc souscrire à l'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le Canada n'est qu'un « intermédiaire involontaire » (par. 120) lorsqu'il expulse un réfugié vers un pays où ce dernier risque la torture. Sans l'intervention du Canada, il n'y aurait pas de risque de torture. En conséquence, on ne peut soutenir que le Canada n'est qu'un acteur passif. Cela ne veut évidemment pas dire que constitue une violation de l'art. 7 toute mesure prise par le Canada et à la suite de laquelle une personne est torturée ou mise à mort. Tout comme en l'espèce, il faut chaque fois se demander s'il existe un lien suffisant entre la mesure prise par le Canada et l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

56

While this Court has never directly addressed the issue of whether deportation to torture would be inconsistent with fundamental justice, we have indicated on several occasions that extraditing a person to face torture would be inconsistent with fundamental justice. As we mentioned above, in *Schmidt*, *supra*, La Forest J. noted that s. 7 is concerned not only with the immediate consequences of an extradition order but also with "the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender, whether that course of conduct is justifiable or not under the law of that country" (p. 522). La Forest J. went on to specifically identify the possibility that the requesting country might torture the accused and then to state that "[s]ituations falling far short of this may well arise where the nature of the criminal procedures or penalties in a foreign country sufficiently shocks the conscience as to make a decision to surrender a fugitive for trial there one that breaches the principles of fundamental justice enshrined in s. 7" (p. 522).

Bien qu'elle n'ait jamais examiné directement la question de savoir si une expulsion impliquant un risque de torture est incompatible avec les principes de justice fondamentale, notre Cour a indiqué à plusieurs occasions que l'extradition d'une personne vers un pays où elle risque la torture serait contraire à ces principes. Comme nous l'avons mentionné plus tôt, le juge La Forest a fait observer, dans l'arrêt *Schmidt*, précité, que l'art. 7 ne s'attache pas seulement aux conséquences immédiates de l'ordonnance d'extradition, mais également au « traitement que l'État étranger réservera au fugitif extradé, que ce traitement soit ou non justifiable en vertu des lois de ce pays-là » (p. 522). Il a poursuivi en mentionnant expressément la possibilité qu'un pays requérant puisse soumettre l'accusé à la torture et il a dit qu'« [i]l est fort possible que se présentent des cas bien moins graves où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer un fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7 » (p. 522).

A similar view was expressed by McLachlin J. in *Kindler, supra*. In that case, McLachlin J. wrote that in some instances the “social consensus” as to whether extradition would violate fundamental justice would be clear. “This would be the case if, for instance, the fugitive faced torture on return to his or her home country” (p. 851). Concurring, La Forest J. wrote, similarly, that “[t]here are, of course, situations where the punishment imposed following surrender — torture, for example — would be so outrageous to the values of the Canadian community that the surrender would be unacceptable” (p. 832).

Canadian jurisprudence does not suggest that Canada may never deport a person to face treatment elsewhere that would be unconstitutional if imposed by Canada directly, on Canadian soil. To repeat, the appropriate approach is essentially one of balancing. The outcome will depend not only on considerations inherent in the general context but also on considerations related to the circumstances and condition of the particular person whom the government seeks to expel. On the one hand stands the state’s genuine interest in combatting terrorism, preventing Canada from becoming a safe haven for terrorists, and protecting public security. On the other hand stands Canada’s constitutional commitment to liberty and fair process. This said, Canadian jurisprudence suggests that this balance will usually come down against expelling a person to face torture elsewhere.

(ii) *The International Perspective*

We have examined the argument that from the perspective of Canadian law to deport a Convention refugee to torture violates the principles of fundamental justice. However, that does not end the inquiry. The provisions of the *Immigration Act* dealing with deportation must be considered in their international context: *Pushpanathan, supra*. Similarly, the principles of fundamental justice expressed in s. 7 of the *Charter* and the limits on rights that may be justified under s. 1 of the *Charter* cannot be considered

Madame le juge McLachlin a opiné de même dans l’arrêt *Kindler*, précité, écrivant que, dans certaines circonstances, le « consensus social » serait manifeste relativement à la question de savoir si l’extradition viole la justice fondamentale. « Ce serait le cas, par exemple, si le fugitif risque la torture s’il est retourné dans son pays » (p. 851). Dans ses motifs concourants, le juge La Forest a abondé dans le même sens, écrivant que, « [é]videmment, il y a des situations où la peine infligée à la suite de l’extradition — par exemple, la torture — porterait tellement atteinte aux valeurs de la société canadienne que la remise serait inacceptable » (p. 832).

La jurisprudence canadienne n’indique pas que le Canada ne peut jamais expulser une personne vers un pays où elle risque un traitement qui serait inconstitutionnel s’il était infligé directement par le Canada, en sol canadien. Comme nous l’avons dit plus tôt, la démarche qu’il convient d’appliquer est essentiellement un processus de pondération dont l’issue dépend non seulement de considérations inhérentes au contexte général, mais également de facteurs liés aux circonstances et à la situation de la personne que l’État veut expulser. D’un côté, il y a l’intérêt légitime qu’a le Canada à combattre le terrorisme, à empêcher que notre pays devienne un refuge pour les terroristes et à protéger la sécurité publique. De l’autre côté, il y a l’engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l’équité procédurale. Cela dit, la jurisprudence indique que le résultat de cette mise en balance s’opposera généralement à l’expulsion de la personne visée vers un pays où elle risque la torture.

(ii) *Le contexte international*

Nous avons examiné l’argument voulant que, selon le droit canadien, l’expulsion d’un réfugié au sens de la Convention vers un pays où il risque la torture viole les principes de justice fondamentale. Toutefois, l’analyse ne s’arrête pas là. Les dispositions de la *Loi sur l’immigration* portant sur l’expulsion doivent être considérées au regard du contexte international : *Pushpanathan*, précité. De même, les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte* ainsi que les limites à

in isolation from the international norms which they reflect. A complete understanding of the Act and the *Charter* requires consideration of the international perspective.

60 International treaty norms are not, strictly speaking, binding in Canada unless they have been incorporated into Canadian law by enactment. However, in seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law. Our concern is not with Canada's international obligations *qua* obligations; rather, our concern is with the principles of fundamental justice. We look to international law as evidence of these principles and not as controlling in itself.

61 It has been submitted by the intervener, Amnesty International, that the absolute prohibition on torture is a peremptory norm of customary international law, or *jus cogens*. Articles 53 and 64 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, provide that existing or new peremptory norms prevail over treaties. Article 53 defines a peremptory norm as

a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

This raises the question of whether the prohibition on torture is a peremptory norm. Peremptory norms develop over time and by general consensus of the international community. This is the difficulty in interpreting international law; it is often impossible to pinpoint when a norm is generally accepted and to identify who makes up the international community. As noted by L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (1988), at pp. 723-24:

ces droits qui peuvent être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte* ne sauraient être examinés indépendamment des normes internationales qu'ils reflètent. Pour bien comprendre la Loi et la *Charte*, il faut examiner le contexte international.

À proprement parler, le Canada n'est lié par des normes internationales consignées dans un traité que si celui-ci a été incorporé au droit canadien par une loi. Toutefois, les tribunaux peuvent faire appel au droit international pour dégager le sens de la Constitution du Canada. Notre analyse ne porte pas sur les obligations internationales du Canada en tant qu'obligations, mais plutôt sur les principes de justice fondamentale. Nous faisons appel au droit international non pas parce qu'il régit la question, mais afin d'y trouver la confirmation de ces principes.

L'intervenante Amnistie internationale a affirmé que la prohibition absolue de la torture est une norme impérative du droit international coutumier, ou *jus cogens*. Les articles 53 et 64 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, précisent que les normes impératives existantes ou nouvelles ont préséance sur les traités. À l'article 53, l'expression norme impérative est définie ainsi :

norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Il s'ensuit qu'il faut déterminer si la prohibition de la torture est une norme impérative. Ces normes s'élaborent plutôt avec le temps et par l'établissement d'un consensus général de la communauté internationale à cet égard. C'est là que réside la difficulté d'interpréter le droit international, puisqu'il est souvent impossible de dire avec précision à quel moment une norme est généralement acceptée et de déterminer qui compose la communauté internationale. Comme l'a souligné L. Hannikainen dans *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (1988), p. 723-724 :

The clarification of the notion of jus cogens in international law is advancing, but is still far from being completed.

On the other hand, the international community of States has been *inactive in stating expressly* which norms it recognizes as peremptory in the present-day international law. In the opinion of the present writer, this inactivity, and the consequent uncertainty as to which norms are peremptory, constitute at present *the main problem of the viability of jus cogens*. [Emphasis in original.]

In the case at bar, there are three compelling indicia that the prohibition of torture is a peremptory norm. First, there is the great number of multilateral instruments that explicitly prohibit torture: see *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 84, Article 3; *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 25, Article 3; *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 55, Article 3; *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1949), Can. T.S. 1965 No. 20, p. 163, Article 3; *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810, at 71 (1948), Article 5; *Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, GA Res. 3452 (XXX), UN Doc. A/10034 (1975); *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), Can. T.S. 1976 No. 47 (“ICCPR”), Article 7; *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950), 213 U.N.T.S. 221, Article 3; *American Convention on Human Rights* (1969), 1144 U.N.T.S. 123, Article 5; *African Charter on Human and Peoples’ Rights* (1981), 21 I.L.M. 58, Article 5; *Universal Islamic Declaration of Human Rights* (1981), 9:2 *The Muslim World League Journal* 25, Article VII.

Second, Amnesty International submitted that no state has ever legalized torture or admitted to its deliberate practice and that governments accused of practising torture regularly deny their involvement,

[TRADUCTION] La définition de la notion de jus cogens en droit international continue de se préciser, mais elle est encore loin d’être achevée.

Par ailleurs, la communauté internationale des États n’a pas indiqué expressément quelles sont les normes qu’elle considère comme impératives en droit international actuel. À mon avis, cette inaction et l’incertitude qui en découle quant à l’identité des normes impératives constituent à l’heure actuelle *le principal problème menaçant la viabilité du jus cogens*. [En italique dans l’original.]

En l’espèce, il existe trois indices convaincants du fait que la prohibition de la torture est une norme impérative. Premièrement, un grand nombre d’instruments multilatéraux prohibent explicitement la torture : voir *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (1949), R.T. Can. 1965 n° 20, p. 84, art. 3; *Convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (1949), R.T. Can. 1965 n° 20, p. 25, art. 3; *Convention de Genève pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer* (1949), R.T. Can. 1965 n° 20, p. 55, art. 3; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (1949), R.T. Can. 1965 n° 20, p. 163, art. 3; *Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. NU A/810, p. 71 (1948), art. 5; *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 3452 (XXX), Doc. NU A/10034 (1975); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), R.T. Can. 1976 n° 47 (« Pacte »), art. 7; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales* (1950), 213 R.T.N.U. 221, art. 3; *Convention américaine relative aux droits de l’homme* (1969), 1144 R.T.N.U. 123, art. 5; *Charte africaine des droits de l’homme et des peuples* (1981), art. 5; *Déclaration islamique universelle des droits de l’homme* (1981), art. VII.

Deuxièmement, Amnistie internationale a affirmé qu’aucun État n’a jamais légalisé la torture ou admis la pratiquer de façon délibérée, et que les gouvernements accusés de se livrer à la torture nient

placing responsibility on individual state agents or groups outside the government's control. Therefore, it argues that the weight of these domestic practices is further evidence of a universal acceptance of the prohibition on torture. Counsel for the respondents, while not conceding this point, did not refer this Court to any evidence of state practice to contradict this submission. However, it is noted in most academic writings that most, if not all states have officially prohibited the use of torture as part of their administrative practices, see Hannikainen, *supra*, at p. 503.

généralement leur participation à de tels actes et en rejettent la responsabilité sur des agents ou groupes étatiques échappant à leur autorité. Par conséquent, de prétendre Amnistie internationale, l'importance de ces pratiques internes est une autre preuve de l'acceptation universelle de la prohibition de la torture. Sans concéder ce point, l'avocat des intimés n'a présenté à la Cour aucune preuve de pratiques étatiques afin de réfuter cette affirmation. Toutefois, la majorité des ouvrages de doctrine mentionnent que la plupart des États, sinon tous, prohibent officiellement le recours à la torture comme pratique administrative : Hannikainen, *op. cit.*, p. 503.

64 Last, a number of international authorities state that the prohibition on torture is an established peremptory norm: see Hannikainen, *supra*, at p. 509; M. N. Shaw, *International Law* (4th ed. 1997), at pp. 203-4; *Prosecutor v. Furundzija*, 38 I.L.M. 317 (1999) (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, No. IT-95-17/1-T, December 10, 1998); *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827 (H.L.). Others do not explicitly set it out as a peremptory norm; however, they do generally accept that the protection of human rights or humanitarian rights is a peremptory norm: see I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed. 1998), at p. 515, and C. Emanuelli, *Droit international public: Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (1998), at sections 251, 1394 and 1396.

Enfin, un certain nombre de sources doctrinales et jurisprudentielles affirment explicitement que la prohibition de la torture est une norme impérative établie : voir Hannikainen, *op. cit.*, p. 509; M. N. Shaw, *International Law* (4^e éd. 1997), p. 203-204; *Procureur c. Furundzija*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, n^o IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998; *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 W.L.R. 827 (H.L.). D'autres ne disent pas expressément qu'il s'agit d'une norme impérative, mais ils acceptent de façon générale que la protection des droits de la personne ou le droit humanitaire constituent des normes impératives : I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5^e éd. 1998), p. 515, et C. Emanuelli, *Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une perspective canadienne* (1998), par. 251, 1394 et 1396.

65 Although this Court is not being asked to pronounce on the status of the prohibition on torture in international law, the fact that such a principle is included in numerous multilateral instruments, that it does not form part of any known domestic administrative practice, and that it is considered by many academics to be an emerging, if not established peremptory norm, suggests that it cannot be easily derogated from. With this in mind, we now turn to the interpretation of the conflicting instruments at issue in this case.

Bien qu'on ne demande pas à notre Cour de se prononcer sur la situation de la prohibition de la torture en droit international, le fait qu'un tel principe soit inclus dans de nombreux instruments multilatéraux, qu'il ne fasse partie d'aucune pratique administrative nationale connue et qu'il soit considéré par de nombreux auteurs comme une norme impérative en devenir, voire déjà bien établie, tend à indiquer qu'on ne peut y déroger inconsidérément. Gardant ce fait à l'esprit, nous allons maintenant interpréter des instruments conflictuels pertinents en l'espèce.

66 Deportation to torture is prohibited by both the ICCPR, which Canada ratified in 1976, and the

Tant le Pacte que la CCT, ratifiés par le Canada en 1976 et 1987 respectivement, interdisent l'expulsion

CAT, which Canada ratified in 1987. The relevant provisions of the ICCPR read:

ARTICLE 4

1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

ARTICLE 7

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. . . .

While the provisions of the ICCPR do not themselves specifically address the permissibility of a state's expelling a person to face torture elsewhere, *General Comment 20* to the ICCPR makes clear that Article 7 is intended to cover that scenario, explaining that “. . . States parties must not expose individuals to the danger of torture . . . upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement” (para. 9).

We do not share Robertson J.A.'s view that *General Comment 20* should be disregarded because it “contradicts” the clear language of Article 7. In our view, there is no contradiction between the two provisions. *General Comment 20* does not run counter to Article 7; rather, it explains it. Nothing would prevent a state from adhering both to Article 7 and to *General Comment 20*, and *General Comment 20* does not detract from rights preserved or provided by Article 7. The clear import of the ICCPR, read together with the *General Comment 20*, is to foreclose a state from expelling a person to face torture elsewhere.

The CAT takes the same stand. The relevant provisions of that document read:

d'une personne vers un pays où elle risque la torture. Voici le texte des dispositions pertinentes du Pacte :

ARTICLE 4

1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18.

ARTICLE 7

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Bien que les dispositions du Pacte ne portent pas expressément sur le droit d'un État d'expulser une personne vers un autre État où elle risque la torture, l'*Observation générale 20* relative au Pacte énonce clairement que l'art. 7 est censé s'appliquer en pareil cas et précise que « les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture [. . .] en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement » (par. 9).

Nous ne partageons pas l'opinion du juge Robertson de la Cour d'appel fédérale selon laquelle l'*Observation générale 20* ne doit pas être prise en compte parce qu'elle « contredi[t] » le texte limpide de l'art. 7. À notre avis, il n'y a pas de contradiction entre les deux dispositions. L'*Observation générale 20* ne va pas à l'encontre de l'art. 7, mais elle en explique plutôt la teneur. Rien n'empêche un État de se conformer à la fois à l'art. 7 et à l'*Observation générale 20*, laquelle n'affaiblit pas les droits garantis ou prévus à l'art. 7. Considéré en corrélation avec l'*Observation générale 20*, le Pacte a clairement pour effet d'interdire à un État d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture.

La même position est adoptée dans la CCT, dont voici les dispositions pertinentes :

ARTICLE 1

1. For the purposes of this Convention, the term “torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

2. This article is without prejudice to any international instrument or national legislation which does or may contain provisions of wider application.

ARTICLE 2

1. Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.

2. No exceptional circumstances whatsoever . . . may be invoked as a justification of torture.

ARTICLE 3

1. No State Party shall expel, return (“refouler”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. [Emphasis added.]

ARTICLE 16

2. The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion.

The CAT’s import is clear: a state is not to expel a person to face torture, which includes both the physical and mental infliction of pain and suffering, elsewhere.

Robertson J.A., however, held that the CAT’s clear proscription of deportation to torture must defer to Article 33(2) of the *Refugee Convention*,

ARTICLE 1

1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d’obtenir d’elle ou d’une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d’un acte qu’elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d’avoir commis, de l’intimider ou de faire pression sur elle ou d’intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu’elle soit, lorsqu’une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s’étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à des sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.

ARTICLE 2

1. Tout État partie prend des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture soient commis dans tout territoire sous sa juridiction.

2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu’elle soit, [. . .] ne peut être invoquée pour justifier la torture.

ARTICLE 3

1. Aucun État partie n’expulsera, ne refoulera, ni n’extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu’elle risque d’être soumise à la torture. [Je souligne.]

ARTICLE 16

2. Les dispositions de la présente Convention sont sans préjudice des dispositions de tout autre instrument international ou de la loi nationale qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou qui ont trait à l’extradition ou à l’expulsion.

La portée de la CCT est claire : un État ne peut expulser une personne vers un autre État, où elle risque d’être soumise à la torture, qui s’entend des douleurs et souffrances physiques ou mentales.

Le juge Robertson a toutefois conclu que la prohibition claire prévue par la CCT devait céder devant le par. 33(2) de la *Convention relative au statut des*

which permits a country to return (*refouler*) a refugee who is a danger to the country's security. The relevant provisions of the *Refugee Convention* state:

ARTICLE 33

1. No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership or a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

Article 33 of the *Refugee Convention* appears on its face to stand in opposition to the categorical rejection of deportation to torture in the CAT. Robertson J.A., faced with this apparent contradiction, attempted to read the two conventions in a way that minimized the contradiction, holding that the anti-deportation provisions of the CAT were not binding, but derogable.

We are not convinced that the contradiction can be resolved in this way. It is not apparent to us that the clear prohibitions on torture in the CAT were intended to be derogable. First, the absence of an express prohibition against derogation in Article 3 of the CAT together with the "without prejudice" language of Article 16 do not seem to permit derogation. Nor does it follow from the assertion in Article 2(2) of CAT that "[n]o exceptional circumstances . . . may be invoked as a justification of torture", that the absence of such a clause in the Article 3 *refoulement* provision permits acts leading to torture in exceptional circumstances. Moreover, the history of Article 16 of the CAT suggests that it was intended to leave the door open to other legal instruments providing greater protection, not to serve as the means for reducing protection. During the deliberations of the Working Group that drafted

réfugiés, qui autorise un État à refouler un réfugié qui constitue un danger pour la sécurité de cet État. Les dispositions pertinentes de cette convention sont les suivantes :

ARTICLE 33

1. Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

L'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* semble a priori aller à l'encontre de l'opposition catégorique, dans la CCT, aux expulsions impliquant un risque de torture. Devant cette apparente contradiction, le juge Robertson a tenté d'interpréter ces deux conventions de façon à réduire cette contradiction au minimum, estimant que les dispositions anti-expulsion de la CCT n'étaient pas impératives, mais susceptibles de dérogation.

Nous ne sommes pas convaincus que cette contradiction peut être éliminée de la sorte. Il ne nous apparaît pas évident que l'on a voulu ménager la possibilité de déroger aux dispositions de la CCT prohibant clairement le recours à la torture. Premièrement, le fait que l'art. 3 de la CCT n'interdise pas expressément les dérogations, conjugué à l'emploi de l'expression « sans préjudice » à l'art. 16, ne semble pas permettre de dérogation. De plus, l'indication au par. 2(2) de la CCT qu'« [a]ucune circonstance exceptionnelle [. . .] ne peut être invoquée pour justifier la torture » ne permet pas de conclure que l'absence d'une telle clause à la disposition de l'art. 3 de la CCT relative au refoulement autorise le recours à la torture dans des circonstances exceptionnelles. Qui plus est, l'historique de l'art. 16 de la CCT suggère que, par cette disposition, on a voulu non pas réduire la

the CAT, Article 16 was characterized as a “saving clause affirming the continued validity of other instruments prohibiting punishments or cruel, inhuman, or degrading treatment”: Convention against Torture, *travaux préparatoires*, UN Doc. E/CN.4/1408, at p. 66. This undermines the suggestion that Article 16 can be used as a means of narrowing the scope of protection that the CAT was intended to provide.

protection accordée, mais plutôt maintenir la possibilité d’établir des instruments juridiques offrant une protection encore plus grande. Pendant les délibérations du groupe de travail qui a rédigé la CCT, l’art. 16 a été qualifié de « clause de sauvegarde affirmant la validité continue d’autres instruments qui interdisent les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » : Convention contre la torture, *travaux préparatoires*, Doc. NU E/CN.4/1408, p. 71. Ce fait affaiblit la portée de l’argument selon lequel l’art. 16 peut être invoqué pour réduire l’étendue de la protection que la CCT était censée assurer.

72

In our view, the prohibition in the ICCPR and the CAT on returning a refugee to face a risk of torture reflects the prevailing international norm. Article 33 of the *Refugee Convention* protects, in a limited way, refugees from threats to life and freedom from all sources. By contrast, the CAT protects everyone, without derogation, from state-sponsored torture. Moreover, the *Refugee Convention* itself expresses a “profound concern for refugees” and its principal purpose is to “assure refugees the widest possible exercise of . . . fundamental rights and freedoms” (Preamble). This negates the suggestion that the provisions of the *Refugee Convention* should be used to deny rights that other legal instruments make universally available to everyone.

À notre avis, la prohibition de l’expulsion d’un réfugié dans un pays où il risque la torture que prévoient le Pacte et la CCT reflète la norme internationale généralement admise. L’article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* protège de façon limitée les réfugiés contre les menaces pour leur vie et leur sécurité, quelle qu’en soit la source. Par contraste, la CCT protège chacun, sans dérogation, contre la torture sanctionnée par l’État. En outre, la *Convention relative au statut des réfugiés* est l’expression d’une « profonde sollicitude [. . .] pour les réfugiés » et son objectif principal est d’« assurer à ceux-ci l’exercice le plus large possible des droits de l’homme et des libertés fondamentales » (préambule). Ce fait réfute l’argument voulant que les dispositions de la *Convention relative au statut des réfugiés* puissent être invoquées pour nier des droits que d’autres instruments juridiques reconnaissent universellement à chacun.

73

Recognition of the dominant status of the CAT in international law is consistent with the position taken by the UN Committee against Torture, which has applied Article 3(1) even to individuals who have terrorist associations. (The CAT provides for the creation of a Committee against Torture to monitor compliance with the treaty: see CAT, Part II, Articles 17-24.) More particularly, the Committee against Torture has advised that Canada should “[c]omply fully with article 3(1) . . . whether or not the individual is a serious criminal or security risk”: see Committee against Torture, *Conclusions and Recommendations of the Committee against*

La reconnaissance de la préséance de la CCT en droit international est compatible avec la position adoptée par le Comité contre la torture des Nations Unies, lequel a accordé le bénéfice de l’application du par. 3(1) même à des personnes ayant des liens avec des organisations terroristes. (La CCT pourvoit à la création d’un comité contre la torture chargé de contrôler le respect de ce traité : voir la CCT, partie II, art. 17-24.) De façon plus particulière, le Comité contre la torture a indiqué au Canada qu’il devait « respecter pleinement les dispositions du paragraphe 1 de l’article 3 [. . .] que la personne mise en cause soit ou non un criminel dangereux ou

Torture: Canada, UN Doc. CAT/C/XXV/Concl.4, at para. 6(a).

Finally, we note that the Supreme Court of Israel sitting as the High Court of Justice and the House of Lords have rejected torture as a legitimate tool to use in combatting terrorism and protecting national security: H.C. 6536/95, *Hat'm Abu Zayda v. Israel General Security Service*, 38 I.L.M. 1471 (1999); *Rehman, supra*, at para. 54, per Lord Hoffmann.

We conclude that the better view is that international law rejects deportation to torture, even where national security interests are at stake. This is the norm which best informs the content of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

(iii) *Application to Section 53(1)(b) of the Immigration Act*

The Canadian rejection of torture is reflected in the international conventions to which Canada is a party. The Canadian and international perspectives in turn inform our constitutional norms. The rejection of state action leading to torture generally, and deportation to torture specifically, is virtually categorical. Indeed, both domestic and international jurisprudence suggest that torture is so abhorrent that it will almost always be disproportionate to interests on the other side of the balance, even security interests. This suggests that, barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*. To paraphrase Lord Hoffmann in *Rehman, supra*, at para. 54, states must find some other way of ensuring national security.

The Minister is obliged to exercise the discretion conferred upon her by the *Immigration Act* in accordance with the Constitution. This requires the Minister to balance the relevant factors in the case

fasse ou non peser un risque pour la sécurité » : voir Comité contre la torture, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada*, Doc. NU CAT/C/XXV/Concl. 4, al. 6a).

74
Finalement, nous tenons à signaler que tant la Cour suprême d'Israël siégeant en qualité de Haute Cour de justice que la Chambre des lords ont refusé de considérer la torture comme un moyen légitime de lutter contre le terrorisme et de protéger la sécurité nationale : H.C. 6536/95, *Hat'm Abu Zayda c. Israel General Security Service*, 38 I.L.M. 1471 (1999); *Rehman*, précité, par. 54, lord Hoffmann.

75
Nous en venons donc à la conclusion que l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture. Il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*.

(iii) *Application de l'al. 53(1)b) de la Loi sur l'immigration*

76
Le fait que le Canada rejette le recours à la torture ressort des conventions internationales auxquelles il est partie. Les contextes canadien et international inspirent chacun nos normes constitutionnelles. Le rejet de la prise par l'État de mesures générales susceptibles d'aboutir à la torture — et en particulier de mesures d'expulsion susceptibles d'avoir cet effet — est virtuellement catégorique. De fait, l'examen de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité. Cette constatation suggère que, sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Pour reprendre les propos de lord Hoffmann dans *Rehman*, précité, par. 54, les États doivent trouver un autre moyen d'assurer la sécurité nationale.

77
La ministre a l'obligation d'exercer conformément à la Constitution le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur l'immigration*. À cette fin, elle doit mettre en balance les facteurs pertinents

before her. As stated in *Rehman, supra*, at para. 56, *per* Lord Hoffmann:

The question of whether the risk to national security is sufficient to justify the appellant's deportation cannot be answered by taking each allegation *seriatim* and deciding whether it has been established to some standard of proof. It is a question of evaluation and judgment, in which it is necessary to take into account not only the degree of probability of prejudice to national security but also the importance of the security interest at stake and the serious consequences of deportation for the deportee.

Similarly, Lord Slynn of Hadley stated, at para. 16:

Whether there is . . . a real possibility [of an adverse effect on the U.K. even if it is not direct or immediate] is a matter which has to be weighed up by the Secretary of State and balanced against the possible injustice to th[e] individual if a deportation order is made.

In Canada, the balance struck by the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. It follows that insofar as the *Immigration Act* leaves open the possibility of deportation to torture, the Minister should generally decline to deport refugees where on the evidence there is a substantial risk of torture.

de l'affaire dont elle est saisie. Comme l'a dit lord Hoffmann dans *Rehman*, précité, par. 56 :

[TRADUCTION] On ne peut répondre à la question de savoir si le risque pour la sécurité nationale est suffisant pour justifier l'expulsion de l'appelant en examinant une à une les diverses allégations et en décidant si elles ont été prouvées selon une norme de preuve donnée. Il s'agit plutôt d'une question d'évaluation et de jugement requérant la prise en compte non seulement du degré de probabilité du préjudice à la sécurité nationale, mais également l'importance de la considération de sécurité en jeu et les conséquences sérieuses de l'expulsion pour la personne visée.

Abondant dans le même sens, lord Slynn of Hadley a dit ceci, au par. 16 :

[TRADUCTION] La question de savoir s'il existe une possibilité réelle [d'effet préjudiciable au R.-U., même si cet effet n'est pas direct ou immédiat] est un facteur que le secrétaire d'État doit apprécier et mettre en balance avec l'injustice qui pourrait être causée à la personne concernée si on ordonnait son expulsion.

Au Canada, le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que, dans la mesure où la *Loi sur l'immigration* n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture.

Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci. (Une violation de l'art. 7 est justifiée au regard de l'article premier « seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite » : voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, p. 518, et *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 99.) Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle sera torturée dans le pays de destination, ce n'est pas parce

78 We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by s. 7 of the *Charter* or under s. 1. (A violation of s. 7 will be saved by s. 1 "only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like": see *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 518; and *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 99.) Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the *Charter* generally precludes

deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter is one of balance, precise prediction is elusive. The ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any, must await future cases.

In these circumstances, s. 53(1)(b) does not violate s. 7 of the *Charter*. What is at issue is not the legislation, but the Minister's obligation to exercise the discretion s. 53 confers in a constitutional manner.

(b) *Are the Terms "Danger to the Security of Canada" and "Terrorism" Unconstitutionally Vague?*

(i) *"Danger to the Security of Canada"*

In order to deny the benefit of s. 53(1) to a person seeking its protection, the Minister must certify that the person constitutes a "danger to the security of Canada". Suresh argues that this phrase is unconstitutionally vague.

A vague law may be unconstitutional for either of two reasons: (1) because it fails to give those who might come within the ambit of the provision fair notice of the consequences of their conduct; or (2) because it fails to adequately limit law enforcement discretion: see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. In the same case, this Court held that "a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate" (p. 643).

que l'art. 3 de la CCT limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l'expulsion lorsqu'il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d'importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L'étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d'expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures.

Vu les circonstances, l'al. 53(1)b) ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Ce n'est pas le texte de loi qui est en litige, mais l'obligation de la ministre d'exercer de façon constitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 53.

(b) *Les termes « terrorisme » et « danger pour la sécurité du Canada » sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels?*

(i) *« Danger pour la sécurité du Canada »*

Pour refuser à une personne qui l'invoque la protection offerte par le par. 53(1), la ministre doit attester que cette personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada ». M. Suresh soutient que cette expression est imprécise au point d'être inconstitutionnelle.

Une loi imprécise peut être jugée inconstitutionnelle pour l'un ou l'autre des deux motifs suivants : (1) elle ne prévient pas raisonnablement les personnes auxquelles elle pourrait s'appliquer des conséquences de leur conduite; (2) elle ne limite pas convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi : voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606. Dans le même arrêt, à la p. 643, notre Cour a indiqué qu'« une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire ».

79

80

81

82

Robertson J.A. found that the phrase “danger to the security of Canada”, which is not defined in the *Immigration Act*, is not unconstitutionally vague (paras. 56-64). He conceded that the phrase was imprecise but reasoned that whether a person poses a danger to the security of Canada could be determined by “the individual’s degree of association or complicity with a terrorist organization” (para. 63). The government similarly argues that the phrase is not unconstitutionally vague; it contends that the phrase “refer[s] to the possibility that someone’s presence is harmful to national security in terms of the inadmissible classes” listed in s. 19 and referred to in s. 53. It suggests that the phrase can be “interpreted in the light of international law as a whole” and submits that the security of Canada is dependent on the security of other countries. On this interpretation, it need not be shown that the person’s presence in Canada poses a risk here. All that need be shown is that deportation may have a result that, viewed generally, enhances the security of Canada.

Le juge Robertson a conclu que l’expression « danger pour la sécurité du Canada », qui n’est pas définie dans la *Loi sur l’immigration*, n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle (par. 56-64). Il a reconnu qu’elle était imprécise, mais, selon lui, la question de savoir si une personne constitue un danger pour la sécurité du Canada dépend « du degré d’association ou de complicité de cette personne avec une organisation terroriste » (par. 63). Le gouvernement affirme lui aussi que cette expression n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle et fait valoir qu’elle [TRADUCTION] « vise la possibilité que la présence d’une personne soit préjudiciable à la sécurité nationale du fait de son appartenance à l’une des catégories non admissibles » énumérées à l’art. 19 et mentionnées à l’art. 53. Il avance que cette expression peut être [TRADUCTION] « interprétée au regard du droit international dans son ensemble » et soutient que la sécurité du Canada est tributaire de la sécurité des autres pays. Suivant cette interprétation, il n’est pas nécessaire de prouver que la présence de la personne au Canada présente un risque dans notre pays. Il suffit de démontrer que l’expulsion peut avoir un résultat qui, d’un point de vue général, accroît la sécurité du Canada.

83

We agree with the government and Robertson J.A. that the phrase “danger to the security of Canada” is not unconstitutionally vague. However, we do not interpret the phrase exactly as he or the government suggests. We would not conflate s. 19’s reference to membership in a terrorist movement with “danger to the security of Canada”. While the two may be related, “danger to the security of Canada”, in our view, must mean something more than just “person described in s. 19”.

Nous partageons l’opinion du gouvernement et du juge Robertson que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle. Toutefois, nous ne l’interprétons pas exactement comme eux. Nous n’assimilons pas l’appartenance à un mouvement terroriste mentionnée à l’art. 19 au fait de constituer un « danger pour la sécurité du Canada ». À notre avis, bien qu’il puisse exister un lien entre ces deux notions, l’expression « danger pour la sécurité du Canada » ne s’entend sûrement pas uniquement d’une « personne visée à l’art. 19 ».

84

We would also, contrary to the government’s submission, distinguish “danger to the security of Canada” from “danger to the public”, although we recognize that the two phrases may overlap. The latter phrase clearly is intended to address threats to individuals in Canada, but its application is restricted by requiring that any individual who is declared to be a “danger to the public” have been

Au contraire du gouvernement, nous faisons en outre une distinction entre le « danger pour la sécurité du Canada » et le « danger pour le public », tout en reconnaissant qu’il peut y avoir chevauchement entre ces deux expressions. La dernière vise manifestement les menaces contre les personnes qui se trouvent au Canada, mais son application est restreinte du fait que seules les personnes qui ont été

convicted of a serious offence: *Immigration Act*, s. 53(1)(a), (c), and (d). The government's suggested reading of "danger to the security of Canada" effectively does an end-run around the requirement in Article 33(2) of the *Refugee Convention* that no one may be returned (*refoulé*) as a danger to the community of the country unless he has first been convicted by a final judgment of a particularly serious crime.

Subject to these qualifications, we accept that a fair, large and liberal interpretation in accordance with international norms must be accorded to "danger to the security of Canada" in deportation legislation. We recognize that "danger to the security of Canada" is difficult to define. We also accept that the determination of what constitutes a "danger to the security of Canada" is highly fact-based and political in a general sense. All this suggests a broad and flexible approach to national security and, as discussed above, a deferential standard of judicial review. Provided the Minister is able to show evidence that reasonably supports a finding of danger to the security of Canada, courts should not interfere with the Minister's decision.

The question arises whether the Minister must present direct evidence of a specific danger to the security of Canada. It has been argued that under international law the state must prove a connection between the terrorist activity and the security of the deporting country: Hathaway and Harvey, *supra*, at pp. 289-90. It has also been suggested that the *travaux préparatoires* to the *Refugee Convention* indicate that threats to the security of another state were not intended to qualify as a danger sufficient to permit *refoulement* to torture. Threats to the security of another state were arguably not intended to come within the term, nor were general concerns about terrorism intended to be sufficient: see *Refugee Convention, travaux préparatoires*, UN

déclarées coupables d'un crime grave peuvent être déclarées constituer un « danger pour le public » : voir la *Loi sur l'immigration*, al. 53(1)a), c) et d). L'interprétation de l'expression « danger pour la sécurité du Canada » préconisée par le gouvernement a pour effet de contourner l'exigence édictée par le par. 33(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés* et selon laquelle une personne ne peut être refoulée au motif qu'elle constitue une menace pour la communauté du pays où elle se trouve que si elle a été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave.

Ces réserves exprimées, nous convenons que, dans le contexte des dispositions régissant l'expulsion, il faut interpréter l'expression « danger pour la sécurité du Canada » d'une manière large et équitable, et en conformité avec les normes internationales. Nous reconnaissons que l'expression « danger pour la sécurité du Canada » est difficile à définir. Nous convenons aussi que la conclusion qu'il existe ou non un « danger pour la sécurité du Canada » repose en grande partie sur les faits et ressortit à la politique, au sens large. Tous ces éléments militent en faveur de l'application d'une approche large et souple en matière de sécurité nationale et, comme nous l'avons déjà expliqué, d'une norme de contrôle judiciaire caractérisée par la retenue. Si la ministre peut produire une preuve étayant raisonnablement la conclusion que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada, les tribunaux ne doivent pas intervenir et modifier sa décision.

La question se pose de savoir si la ministre est tenue de produire une preuve directe d'un danger précis pour la sécurité du Canada. On a plaidé que le droit international oblige l'État à prouver l'existence d'un lien entre les activités terroristes et la sécurité du pays qui procède à l'expulsion : Hathaway et Harvey, *loc. cit.*, p. 289-290. On a aussi affirmé qu'il ressort des *travaux préparatoires* de la *Convention relative au statut des réfugiés* que les menaces pour la sécurité d'un autre État ne sont pas censées constituer un danger suffisant pour permettre le *refoulement* impliquant un risque de torture. Il est possible de soutenir que l'on n'entendait pas que les menaces pour la sécurité d'un autre État soient visées par l'expression en cause ni que

Doc. A/CONF.2/SR.16, at p. 8 (“Among the great mass of refugees it was inevitable that some persons should be tempted to engage in activities on behalf of a foreign Power against the country of their asylum, and it would be unreasonable to expect the latter not to safeguard itself against such a contingency”); see A. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention, 1951* (1997), at p. 236 (“[T]he security of the country’ is invoked against acts of a rather serious nature endangering directly or indirectly the constitution (Government), the territorial integrity, the independence or the external peace of the country concerned”).

des inquiétudes générales en matière de terrorisme soient considérées suffisantes : voir la *Convention relative au statut des réfugiés*, travaux préparatoires, Doc. NU A/CONF.2/SR.16, p. 8 : [TRADUCTION] « Il est inévitable que, parmi tous les réfugiés, certains soient tentés de se livrer à des activités pour le compte d’une puissance étrangère contre le pays qui leur accorde l’asile, et il serait déraisonnable de s’attendre à ce que le pays d’accueil ne prenne pas de mesures pour se prémunir contre une telle éventualité »; voir A. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention, 1951* (1997), p. 236 : [TRADUCTION] « [O]n invoque “la sécurité du pays” à l’égard d’actes assez graves qui menacent directement ou indirectement la constitution (le gouvernement), l’intégrité du territoire, l’indépendance ou la paix avec les autres pays ».

87

Whatever the historic validity of insisting on direct proof of specific danger to the deporting country, as matters have evolved, we believe courts may now conclude that the support of terrorism abroad raises a possibility of adverse repercussions on Canada’s security: see *Rehman, supra, per* Lord Slynn of Hadley, at paras. 16-17. International conventions must be interpreted in the light of current conditions. It may once have made sense to suggest that terrorism in one country did not necessarily implicate other countries. But after the year 2001, that approach is no longer valid.

Peu importe que ce soit à bon droit qu’on ait insisté, historiquement, sur la preuve directe d’un danger précis pour le pays procédant à l’expulsion, les choses ont changé et nous croyons que les tribunaux peuvent maintenant conclure que l’appui au terrorisme à l’étranger crée la possibilité de repercussions préjudiciables à la sécurité du Canada : voir *Rehman*, précité, lord Slynn of Hadley, par. 16-17. Il faut interpréter les conventions internationales en tenant compte de la situation actuelle. On a peut-être déjà pu avancer, logiquement, que les actes de terrorisme dans un pays ne touchaient pas nécessairement les autres pays, mais pareille affirmation n’est plus possible depuis 2001.

88

First, the global transport and money networks that feed terrorism abroad have the potential to touch all countries, including Canada, and to thus implicate them in the terrorist activity. Second, terrorism itself is a worldwide phenomenon. The terrorist cause may focus on a distant locale, but the violent acts that support it may be close at hand. Third, preventive or precautionary state action may be justified; not only an immediate threat but also possible future risks must be considered. Fourth, Canada’s national security may be promoted by reciprocal cooperation between Canada and other states in combating international terrorism. These considerations lead us to conclude that to insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test

Premièrement, les réseaux mondiaux de transport et de financement qui soutiennent le terrorisme à l’étranger peuvent atteindre tous les pays, y compris le Canada, et les impliquer ainsi dans les activités terroristes. Deuxièmement, le terrorisme lui-même est un phénomène qui ne connaît pas de frontières. La cause terroriste peut viser un lieu éloigné, mais les actes de violence qui l’appuient peuvent se produire tout près. Troisièmement, les mesures de prudence ou de prévention prises par l’État peuvent être justifiées; il faut tenir compte non seulement des menaces immédiates, mais aussi des risques éventuels. Quatrièmement, la coopération réciproque entre le Canada et d’autres pays dans la lutte au terrorisme international peut renforcer la sécurité

for “danger to the security of Canada” is to set the bar too high. There must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada. But the threat need not be direct; rather it may be grounded in distant events that indirectly have a real possibility of harming Canadian security.

While the phrase “danger to the security of Canada” must be interpreted flexibly, and while courts need not insist on direct proof that the danger targets Canada specifically, the fact remains that to return (*refouler*) a refugee under s. 53(1)(b) to torture requires evidence of a serious threat to national security. To suggest that something less than serious threats founded on evidence would suffice to deport a refugee to torture would be to condone unconstitutional application of the *Immigration Act*. Insofar as possible, statutes must be interpreted to conform to the Constitution. This supports the conclusion that while “danger to the security of Canada” must be given a fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.

These considerations lead us to conclude that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible.

This definition of “danger to the security of Canada” does not mean that Canada is unable to deport those who pose a risk to individual

nationale du Canada. Ces considérations nous amènent à conclure que serait trop exigeant un critère requérant la preuve directe d’un risque précis pour le Canada afin de décider si une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada ». Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d’un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n’est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d’événements qui surviennent à l’étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada.

Bien que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation souple, et que les tribunaux ne soient pas tenus d’exiger la preuve directe que la menace vise précisément le Canada, il demeure que l’al. 53(1)(b) ne permet le refoulement d’un réfugié dans un pays où il risque la torture que s’il est établi que la sécurité nationale est gravement menacée. En laissant entendre qu’un facteur moins exigeant que de graves menaces étayées par la preuve suffirait pour expulser un réfugié dans un pays où il risque la torture, on cautionnerait l’application inconstitutionnelle de la *Loi sur l’immigration*. Dans la mesure du possible, les lois doivent recevoir une interprétation conforme à la Constitution. Ces éléments appuient la conclusion que, bien que l’expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d’une menace potentiellement grave.

Ces considérations nous amènent à conclure qu’une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d’un pays est souvent tributaire de la sécurité d’autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu’elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

Cette interprétation de l’expression « danger pour la sécurité du Canada » n’empêche pas le gouvernement d’expulser une personne qui

89

90

91

Canadians, but not the country. A different provision, the “danger to the public” provision, allows the government to deport those who pose no danger to the security of the country *per se* — those who pose a danger to Canadians, as opposed to a danger to Canada — provided they have committed a serious crime. Moreover, if a refugee is wanted for crimes in a country that will not torture him or her on return, the government may be free to extradite him or her to face those charges, whether or not he or she has committed crimes in Canada.

constitue un risque pour les Canadiens, mais non pour le pays. Une autre disposition, qui emploie l’expression « danger pour le public », autorise le gouvernement à expulser des personnes qui ne constituent pas un danger pour le Canada proprement dit — des personnes qui constituent un danger pour les Canadiens, par opposition à un danger pour le Canada —, à condition qu’elles aient commis un crime grave. De plus, lorsqu’un réfugié est recherché pour des crimes commis dans un pays où il ne serait pas soumis à la torture s’il y était renvoyé, le gouvernement conserve la faculté de l’extrader pour qu’il réponde aux accusations portées contre lui, qu’il ait commis ou non des crimes au Canada.

92 We are satisfied that the term “danger to the security of Canada”, defined as here suggested, gives those who might come within the ambit of the provision fair notice of the consequences of their conduct, while adequately limiting law enforcement discretion. We hold, therefore, that the term is not unconstitutionally vague.

Nous sommes convaincus que, suivant l’interprétation que nous préconisons ici, l’expression « danger pour la sécurité du Canada » prévient raisonnablement les personnes susceptibles d’être visées par la disposition des conséquences que pourrait avoir leur conduite, tout en limitant convenablement le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi. Nous estimons donc que cette expression n’est pas imprécise au point d’être inconstitutionnelle.

(ii) “*Terrorism*”

(ii) *Le terme « terrorisme »*

93 The term “terrorism” is found in s. 19 of the *Immigration Act*, dealing with denial of refugee status upon arrival in Canada. The Minister interpreted s. 19 as applying to terrorist acts post-admission and relied on alleged terrorist associations in Canada in seeking Suresh’s deportation under s. 53(1)(b), which refers to a class of persons falling under s. 19. We do not in these reasons seek to define terrorism exhaustively — a notoriously difficult endeavour — but content ourselves with finding that the term provides a sufficient basis for adjudication and hence is not unconstitutionally vague. We share the view of Robertson J.A. that the term is not inherently ambiguous “even if the full meaning . . . must be determined on an incremental basis” (para. 69).

Le terme « terrorisme » figure à l’art. 19 de la *Loi sur l’immigration*, qui traite de la non-reconnaissance du statut de réfugié à l’arrivée au Canada. La ministre a considéré que l’art. 19 s’appliquait aux actes terroristes qu’une personne commet après son admission au pays et elle s’est fondée sur de prétendues associations terroristes au Canada pour tenter d’expulser M. Suresh par application de l’al. 53(1)(b), qui renvoie à une catégorie de personnes décrite à l’art. 19. Dans les présents motifs, nous n’essaierons pas de définir le terrorisme de façon exhaustive, tâche notoirement difficile; nous nous contenterons plutôt de conclure que ce terme fournit un fondement suffisant pour qu’une décision soit rendue et qu’il n’est donc pas imprécis au point d’être inconstitutionnel. Nous partageons l’opinion du juge Robertson selon laquelle ce terme n’est pas ambigu en soi, « même si toute [s]a portée [. . .] doit être établie progressivement » (par. 69).

One searches in vain for an authoritative definition of “terrorism”. The *Immigration Act* does not define the term. Further, there is no single definition that is accepted internationally. The absence of an authoritative definition means that, at least at the margins, “the term is open to politicized manipulation, conjecture, and polemical interpretation”: factum of the intervener Canadian Arab Federation (“CAF”), at para. 8; see also W. R. Farrell, *The U.S. Government Response to Terrorism: In Search of an Effective Strategy* (1982), at p. 6 (“The term [terrorism] is somewhat ‘Humpty Dumpty’ — anything we choose it to be”); O. Schachter, “The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases” (1989), 11 *Houston J. Int’l L.* 309, at p. 309 (“[n]o single inclusive definition of international terrorism has been accepted by the United Nations or in a generally accepted multilateral treaty”); G. Levitt, “Is ‘Terrorism’ Worth Defining?” (1986), 13 *Ohio N.U. L. Rev.* 97, at p. 97 (“The search for a legal definition of terrorism in some ways resembles the quest for the Holy Grail”); C. C. Joyner, “Offshore Maritime Terrorism: International Implications and the Legal Response” (1983), 36 *Naval War C. Rev.* 16, at p. 20 (terrorism’s “exact status under international law remains open to conjecture and polemical interpretation”); and J. B. Bell, *A Time of Terror: How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence* (1978), at p. x (“The very word [terrorism] becomes a litmus test for dearly held beliefs, so that a brief conversation on terrorist matters with almost anyone reveals a special world view, an interpretation of the nature of man, and a glimpse into a desired future.”)

Even amongst those who agree on the definition of the term, there is considerable disagreement as to whom the term should be attached: see, e.g., I. M. Porras, “On Terrorism: Reflections on Violence and the Outlaw” (1994), *Utah L. Rev.* 119, at p. 124 (noting the general view that “terrorism” is poorly defined but stating that “[w]ith ‘terrorism’ . . . everyone means the same thing. What changes is not the meaning of the word, but rather the groups and

On cherchera en vain une définition du terme « terrorisme » qui fasse autorité. La *Loi sur l’immigration* ne le définit pas. En outre, aucune définition précise n’est reconnue à l’échelle internationale. Vu l’absence de définition faisant autorité, [TRADUCTION] « ce terme se prête aux manipulations à des fins politiques, aux conjectures et aux interprétations polémiques », du moins dans les cas limites : mémoire de la Fédération canado-arabe intervenante, par. 8; voir aussi W. R. Farrell, *The U.S. Government Response to Terrorism : In Search of an Effective Strategy* (1982), p. 6 : [TRADUCTION] « Le terme [terrorisme] est assez malléable — il désigne ce que l’on veut »; O. Schachter, « The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases » (1989), 11 *Houston J. Int’l L.* 309, p. 309 : [TRADUCTION] « Aucune définition exhaustive unique du terrorisme international n’a été acceptée par les Nations Unies ou dans une convention multilatérale généralement acceptée »; G. Levitt, « Is “Terrorism” Worth Defining? » (1986), 13 *Ohio N.U. L. Rev.* 97, p. 97 : [TRADUCTION] « La recherche d’une définition juridique du terrorisme s’apparente sous certains rapports à la quête du Saint-Graal »; C. C. Joyner, « Offshore Maritime Terrorism : International Implications and the Legal Response » (1983), 36 *Naval War C. Rev.* 16, p. 20 : [TRADUCTION] « La définition exacte [du terrorisme] en droit international se prête encore à la conjecture et à l’interprétation polémique »; J. B. Bell, *A Time of Terror : How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence* (1978), p. x : [TRADUCTION] « La notion même de [terrorisme] agit comme un révélateur de nos convictions les plus chères, de telle sorte qu’un bref entretien sur la question, avec à peu près n’importe qui, révèle une vision particulière du monde et une conception de la nature humaine, ainsi qu’un aperçu de l’avenir souhaité. »

Même parmi ceux qui s’entendent sur la définition de ce terme, il existe un grand désaccord quant à savoir qui il vise : voir, par exemple, I. M. Porras, « On Terrorism : Reflections on Violence and the Outlaw » (1994), *Utah L. Rev.* 119, p. 124 (où l’auteur fait état de l’opinion générale selon laquelle le terme « terrorisme » n’est pas bien défini, mais affirme que [TRADUCTION] « tous veulent dire la même chose lorsqu’ils emploient ce terme. Ce

activities that each person would include or exclude from the list”); D. Kash, “Abductions of Terrorists in International Airspace and on the High Seas” (1993), 8 *Fla. J. Int’l L.* 65, at p. 72 (“[A]n act that one state considers terrorism, another may consider as a valid exercise of resistance”). Perhaps the most striking example of the politicized nature of the term is that Nelson Mandela’s African National Congress was, during the apartheid era, routinely labelled a terrorist organization, not only by the South African government but by much of the international community.

n’est pas le sens du mot qui change, mais bien les groupes et les activités que chacun engloberait ou exclurait »); D. Kash, « Abductions of Terrorists in International Airspace and on the High Seas » (1993), 8 *Fla. J. Int’l L.* 65, p. 72 : [TRADUCTION] « [U]n même acte peut être considéré comme un acte de terrorisme par un État et comme un acte de résistance légitime par un autre ». L’exemple le plus frappant de la charge politique de ce terme est peut-être le fait que, à l’époque de l’apartheid, le Congrès national africain de Nelson Mandela était couramment qualifié d’organisation terroriste, non seulement par le gouvernement sud-africain, mais aussi par une bonne partie de la communauté internationale.

96

We are not persuaded, however, that the term “terrorism” is so unsettled that it cannot set the proper boundaries of legal adjudication. The recently negotiated *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, GA Res. 54/109, December 9, 1999, approaches the definitional problem in two ways. First, it employs a functional definition in Article 2(1)(a), defining “terrorism” as “[a]n act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex”. The annex lists nine treaties that are commonly viewed as relating to terrorist acts, such as the *Convention for the Suppression of the Unlawful Seizure of Aircraft*, Can. T.S. 1972 No. 23, the *Convention on the Physical Protection of Nuclear Material*, 18 I.L.M. 1419, and the *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*, 37 I.L.M. 249. Second, the Convention supplements this offence-based list with a stipulative definition of terrorism. Article 2(1)(b) defines “terrorism” as:

Any . . . act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

Nous ne croyons cependant pas que le sens du terme « terrorisme » est à ce point incertain qu’il ne permet pas de fixer des paramètres convenables pour le prononcé d’une décision juridique. Négociée récemment, la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, Rés. AG 54/109, 9 décembre 1999, aborde le problème de la définition sous deux angles. Premièrement, à l’al. 1a) de l’art. 2, elle a recours à une définition fonctionnelle et définit le « terrorisme » comme « [u]n acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l’un des traités énumérés en annexe ». L’annexe énumère neuf traités que l’on considère habituellement comme concernant les actes de terrorisme, notamment la *Convention pour la répression de la capture illicite d’aéronefs*, R.T. Can. 1972 n° 23, la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires* (1980), et la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l’explosif*, Doc. NU A/52/164, annexe. Deuxièmement, la Convention complète cette énumération fondée sur des infractions par une définition stipulative du terrorisme à l’al. 1b) de l’art. 2 :

Tout [. . .] acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque.

In its submission to this Court, the CAF argued that this Court should adopt a functional definition of terrorism, rather than a stipulative one. The argument is that defining terrorism by reference to specific acts of violence (e.g. “hijacking, hostage taking and terrorist bombing”) would minimize politicization of the term (CAF factum, at paras. 11-14). It is true that the functional approach has received strong support from international law scholars and state representatives — support that is evidenced by the numerous international legal instruments that eschew stipulative definitions in favour of prohibitions on specific acts of violence. While we are not unaware of the danger that the term “terrorism” may be manipulated, we are not persuaded that it is necessary or advisable to altogether eschew a stipulative definition of the term in favour of a list that may change over time and that may in the end necessitate distinguishing some (proscribed) acts from other (non-proscribed) acts by reliance on a term like “terrorism”. (We note that the CAF, in listing acts, at para. 11, that might be prohibited under a functional definition, lists “terrorist bombing” — a category that clearly would not avoid the necessity of defining “terrorism”).

In our view, it may safely be concluded, following the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, that “terrorism” in s. 19 of the Act includes any “act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act”. This definition catches the essence of what the world understands by “terrorism”. Particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement. Parliament is not prevented from adopting more detailed or different definitions of terrorism. The issue here is whether the term as used in the *Immigration Act* is sufficiently

Dans les observations qu’elle a présentées à notre Cour, la Fédération canado-arabe nous a exhortés à retenir une définition fonctionnelle plutôt que stipulative du terrorisme. Selon elle, définir le terrorisme par référence à des actes de violence précis (par exemple [TRADUCTION] « le détournement d’avion, la prise d’otages et l’attentat terroriste à l’explosif ») réduit la politisation de ce terme (mémoire de la Fédération, par. 11-14). Il est vrai que les experts en droit international et les représentants des États sont très en faveur d’une définition fonctionnelle, ce qu’attestent les nombreux instruments juridiques internationaux qui écartent les définitions stipulatives et optent pour l’interdiction d’actes de violence précis. Nous sommes conscients que le terme « terrorisme » se prête à la manipulation, mais nous ne sommes pas persuadés qu’il est nécessaire ou souhaitable d’écarter d’emblée toute définition stipulative au profit d’une énumération susceptible de changer avec le temps et de nécessiter, en fin de compte, que l’on distingue certains actes (proscrits) d’autres actes (non proscrits) en employant un terme comme « terrorisme ». (Soulignons que, dans l’énumération des actes qui pourraient être prohibés suivant une définition fonctionnelle, la Fédération canado-arabe mentionne l’[TRADUCTION] « attentat terroriste à l’explosif » — ce qui ne supprime manifestement pas la nécessité de définir le « terrorisme ».)

À notre avis, on peut conclure sans risque d’erreur, suivant la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, que le terme « terrorisme » employé à l’art. 19 de la Loi inclut tout « acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque ». Cette définition traduit bien ce que l’on entend essentiellement par « terrorisme » à l’échelle internationale. Des situations particulières, à la limite de l’activité terroriste, susciteront inévitablement des désaccords. Le législateur peut toujours adopter une définition

certain to be workable, fair and constitutional. We believe that it is.

(iii) *Conclusion*

99

We conclude that the terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” are not unconstitutionally vague. Applying them to the facts found in this case, they would *prima facie* permit the deportation of Suresh provided the Minister certifies him to be a substantial danger to Canada and provided he is found to be engaged in terrorism or a member of a terrorist organization as set out in s. 19(1)(e) and (f) of the *Immigration Act*.

(c) *Does Deportation for Membership in a Terrorist Organization Unjustifiably Violate the Charter Guarantees of Freedom of Expression and Freedom of Association?*

100

Suresh argues that the Minister’s issuance of the certificate under s. 40.1 of the *Immigration Act* and the order declaring him a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) on the ground that he was a member of the LTTE violate his *Charter* rights of free expression and free association and cannot be justified. He points out that he has not been involved in actual terrorist activity in Canada, but merely in fund-raising and support activities that may, in some part, contribute to the civil war efforts of Tamils in Sri Lanka. He also points out that it is not a criminal offence to belong to such an organization and that the government seeks to deport him for something that Canadian citizens may lawfully do without sanction. He suggests that inclusion of mere membership in an organization that has been or will be involved in acts of terrorism unjustifiably limits the freedom of Convention refugees to express their views on dissident movements outside the country, as well as their freedom to associate with other people in Canada who come from similar backgrounds. He points out that the alleged terrorist organizations he was found to have been a

différente ou plus détaillée du terrorisme. La question à trancher en l’espèce consiste à déterminer si le terme utilisé dans la *Loi sur l’immigration* a un sens suffisamment certain pour être pratique, raisonnable et constitutionnel. Nous estimons que c’est le cas.

(iii) *Conclusion*

Nous concluons que les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » ne sont pas imprécis au point d’être inconstitutionnels. Appliqués aux faits dont nous sommes saisis, ils autoriseraient à première vue l’expulsion de M. Suresh, à condition que la ministre atteste que ce dernier constitue un danger sérieux pour le Canada et à condition qu’il soit établi qu’il commet des actes de terrorisme ou qu’il est membre d’une organisation terroriste, comme le prévoient les al. 19(1)(e) et (f) de la *Loi sur l’immigration*.

c) *L’expulsion fondée sur l’appartenance à une organisation terroriste constitue-t-elle une atteinte injustifiable à la liberté d’expression et à la liberté d’association garanties par la Charte?*

M. Suresh soutient que l’attestation délivrée par la ministre en vertu de l’art. 40.1 de la *Loi sur l’immigration* et l’ordonnance déclarant qu’il constitue un danger pour la sécurité du Canada au sens de l’al. 53(1)(b) parce qu’il est membre des LTTE restreignent le droit à la liberté d’expression et à la liberté d’association que lui garantit la *Charte* et que cette restriction ne saurait se justifier. Il fait valoir qu’il ne s’est livré en fait à aucune activité terroriste au Canada, mais qu’il a seulement recueilli des fonds et appuyé des activités qui pourraient, jusqu’à un certain point, soutenir les Tamouls dans le contexte de la guerre civile qui fait rage au Sri Lanka. Il ajoute que l’appartenance à une organisation de ce genre ne constitue pas une infraction criminelle et que le gouvernement veut l’expulser pour quelque chose que tout citoyen canadien peut faire légalement sans encourir de sanction. Il soutient que le motif d’expulsion fondé sur la seule appartenance à une organisation qui s’est livrée ou qui se livrera à des actes de terrorisme restreint indûment la liberté des réfugiés au sens de la Convention d’exprimer leur point de vue sur des mouvements dissidents à

member of are engaged in many positive endeavours to improve the lives of people in Canada and are not involved in violence here.

The government, for its part, argues that support of organizations that have engaged in or may assist terrorism is not constitutionally protected expression or association. It argues that constitutional rights cannot be extended to inflict harm on others. This is so, in the government's submission, even though many of the activities of the organization may be laudable. Accordingly, it says, ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* do not apply.

Section 19 of the *Immigration Act* applies to the entry of refugees into Canada. The *Refugee Convention*, and following it the *Immigration Act*, distinguish between the power of a state to refuse entry to a refugee, and its power to deport or "refouler" the refugee once the refugee is established in the country as a Convention refugee. The powers of a state to refuse entry are broader than to deport. The broader powers to refuse entry are based *inter alia* on the need to prevent criminals escaping justice in their own country from entering into Canada. No doubt the natural desire of states to reject unsuitable persons who by their conduct have put themselves "beyond the pale" also is a factor. See, generally, Hathaway and Harvey, *supra*.

The main purport of s. 19(1) is to permit Canada to refuse entry to persons who are or have been engaged in terrorism or who are or have been members of terrorist organizations. However, the *Immigration Act* uses s. 19(1) in a second and different way. It uses it in s. 53(1), the deportation section, to define the class of Convention refugees who may be deported because they constitute a danger to

l'étranger, de même que leur liberté de s'associer au Canada à d'autres personnes ayant les mêmes origines. Il fait observer que les prétendues organisations terroristes dont il aurait été membre participent à de nombreuses entreprises bénéfiques visant à améliorer le sort de personnes habitant le Canada et ne prennent part à aucun acte de violence dans notre pays.

Pour sa part, le gouvernement prétend que la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ou de la liberté d'association ne s'étend pas à l'appui à une organisation qui s'est livrée au terrorisme ou pourrait apporter son concours à de telles activités. Selon lui, aucun droit constitutionnel ne saurait emporter celui de causer du tort à autrui, et ce même si bon nombre des activités de l'organisation en cause peuvent viser un objectif louable. Par conséquent, les al. 2b) et 2d) de la *Charte* ne s'appliqueraient pas.

L'article 19 de la *Loi sur l'immigration* s'applique à l'admission des réfugiés au Canada. La *Convention relative au statut des réfugiés* et, en conséquence, la *Loi sur l'immigration* font une distinction entre le pouvoir d'un État de refuser à un réfugié l'entrée au pays et son pouvoir de l'expulser ou de le « refouler » une fois qu'il y est établi en qualité de réfugié au sens de la Convention. Les pouvoirs d'un État de refuser l'entrée au pays sont plus étendus que son pouvoir d'expulsion. Ces pouvoirs plus étendus de refuser l'entrée au pays découlent notamment de la nécessité d'empêcher les criminels qui fuient la justice dans leur pays d'origine d'entrer au Canada. Il est certain que le désir naturel des États de rejeter les personnes indésirables qui, par leur conduite, se sont mises elles-mêmes « au ban de la société » entre aussi en jeu. Voir, de façon générale, Hathaway et Harvey, *loc. cit.*

L'objet premier du par. 19(1) est de permettre au Canada de refuser l'entrée au pays aux personnes qui soit commettent ou ont commis des actes de terrorisme, soit sont ou ont été membres d'organisations terroristes. Toutefois, la *Loi sur l'immigration* confère une seconde fonction, différente, au par. 19(1). Elle l'utilise au par. 53(1), qui traite de l'expulsion, pour définir la catégorie de réfugiés au sens de la

101

102

103

the security of Canada. Thus a Convention refugee like Suresh may be deported if he comes within a class of persons defined in s. 19(1) and constitutes a danger to the security of Canada.

Convention qui peuvent être expulsés parce qu'ils constituent un danger pour la sécurité du Canada. Ainsi, un réfugié au sens de la Convention, comme M. Suresh, peut être expulsé s'il appartient à une catégorie de personnes définie au par. 19(1) et s'il constitue un danger pour la sécurité du Canada.

104 At this point, an ambiguity in the combination of ss. 53 and 19 arises. Is the class of persons designated by the reference to s. 19 those persons who at entry were or had been associated with terrorist acts or members of terrorist organizations? Or was Parliament's intention to include those who after entry committed terrorist acts or were members of terrorist organizations? The Minister interprets s. 19, as incorporated into s. 53, as including conduct of refugees after entry.

À cette étape, l'effet combiné des art. 53 et 19 crée une ambiguïté. La catégorie de personnes désignée par renvoi à l'art. 19 englobe-t-elle les personnes qui, à leur entrée au pays, étaient ou avaient déjà été soit associées à des actes de terrorisme soit membres d'organisations terroristes? L'intention du législateur était-elle plutôt d'inclure les personnes qui, après leur entrée au pays, ont commis des actes de terrorisme ou ont été membres d'organisations terroristes? La ministre considère que l'art. 19, tel qu'il est incorporé à l'art. 53, vise également la conduite des réfugiés après leur entrée au pays.

105 We do not find it necessary to resolve this ambiguity, as in our opinion on either interpretation, s. 19 as incorporated into s. 53 does not breach the rights of free expression and association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*. If s. 19, as used in s. 53, is interpreted as referring only to conduct prior to the point of entry, no constitutional problem arises. On the other hand, if it is interpreted as referring to post-entry conduct, we are satisfied that the conduct caught by the section, interpreted properly by the Minister, fails to attract constitutional protection because it would be conduct associated with violent activity.

Selon nous, il n'est pas nécessaire de résoudre cette ambiguïté, car nous estimons que, quelle que soit l'interprétation donnée à l'art. 19, tel qu'il est incorporé à l'art. 53, l'art. 19 ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'association garanties respectivement par les al. 2b) et 2d) de la *Charte*. Si l'on considère que l'art. 19, tel qu'il est utilisé dans l'art. 53, vise uniquement la conduite antérieure à l'entrée au pays, aucun problème ne se pose sur le plan constitutionnel. Par contre, si on considère qu'il vise la conduite postérieure à l'entrée au pays, nous sommes convaincus que la conduite en cause, interprétée correctement par la ministre, ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle parce qu'il s'agit d'une conduite associée à de la violence.

106 Section 53, as discussed earlier in connection with deportation to face torture, requires the Minister to balance a variety of factors relating on the one hand to concerns of national security, and to fair process to the Convention refugee on the other. In balancing these factors, the Minister must exercise her discretion in conformity with the values of the *Charter*.

Comme nous l'avons vu précédemment relativement à l'expulsion impliquant un risque de torture, l'art. 53 oblige la ministre à soupeser différents facteurs liés, d'une part, à la sécurité nationale et, d'autre part, à l'équité du processus envers le réfugié au sens de la Convention. En soupesant ces facteurs, la ministre doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les valeurs véhiculées par la *Charte*.

107 It is established that s. 2 of the *Charter* does not protect expressive or associational activities that

Il est bien établi que l'art. 2 de la *Charte* ne protège pas les formes d'expression ou d'association

constitute violence: *Keegstra, supra*. This Court has, it is true, given a broad interpretation to freedom of expression, extending it, for example, to hate speech and perhaps even threats of violence: *Keegstra*; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731. At the same time, the Court has made plain that the restriction of such expression may be justified under s. 1 of the *Charter*: see *Keegstra*, at pp. 732-33. The effect of s. 2(b) and the justification analysis under s. 1 of the *Charter* suggest that expression taking the form of violence or terror, or directed towards violence or terror, is unlikely to find shelter in the guarantees of the *Charter*.

The Minister's discretion to deport under s. 53 of the *Immigration Act* is confined, on any interpretation of the section, to persons who have been engaged in terrorism or are members of terrorist organizations, and who also pose a threat to the security of Canada. Persons associated with terrorism or terrorist organizations — the focus of this argument — are, on the approach to terrorism suggested above, persons who are or have been associated with things directed at violence, if not violence itself. It follows that so long as the Minister exercises her discretion in accordance with the Act, there will be no ss. 2(b) or (d) *Charter* violation.

Suresh argues that s. 19 is so broadly drafted that it has the potential to catch persons who are members of or participate in the activities of a terrorist organization in ignorance of its terrorist activities. He points out that many organizations alleged to support terrorism also support humanitarian aid both in Canada and abroad. Indeed, he argues that this is so of the LTTE, the association to which he is alleged to belong. While it seems clear on the evidence that Suresh was not ignorant of the LTTE's terrorist activities, he argues that it may be otherwise for others who were members or contributed to its activities. Thus without knowingly advocating terrorism and violence, they may be found to be part

violentes : *Keegstra*, précité. Certes, notre Cour a donné une interprétation large de la liberté d'expression, en étendant sa portée, par exemple, aux messages haineux et peut-être même aux menaces de violence : *Keegstra*, précité; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731. Parallèlement, la Cour a clairement indiqué que la restriction touchant cette forme d'expression peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte* : voir *Keegstra*, précité, p. 732-733. L'effet combiné de l'al. 2b) et de l'analyse de la justification au regard de l'article premier de la *Charte* laisse croire qu'une forme d'expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme ne bénéficiera vraisemblablement pas de la protection des garanties prévues par la *Charte*.

Le pouvoir discrétionnaire de la ministre d'expulser une personne en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur l'immigration* se limite, peu importe l'interprétation donnée à cette disposition, aux personnes qui ont commis des actes de terrorisme ou sont membres d'organisations terroristes et qui menacent la sécurité du Canada. Les personnes associées au terrorisme ou aux organisations terroristes — l'aspect central du débat — sont, selon la conception du terrorisme proposée plus tôt, des personnes qui sont ou ont été associées à des éléments dirigés vers la violence, voire associées à la violence même. Par conséquent, si la ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Loi, il n'y aura pas manquement à l'al. 2b) ou 2d) de la *Charte*.

M. Suresh affirme que l'art. 19 est rédigé en termes tellement larges qu'il pourrait englober les personnes qui sont membres d'une organisation terroriste ou participent à ses activités sans savoir que celle-ci se livre au terrorisme. Il souligne que beaucoup d'organisations auxquelles on reproche de soutenir le terrorisme appuient également l'aide humanitaire tant au Canada qu'à l'étranger. En fait, il fait valoir que c'est le cas des LTTE, l'association à laquelle on lui reproche d'appartenir. Bien qu'il semble ressortir clairement de la preuve que M. Suresh était au courant des activités terroristes des LTTE, il soutient qu'il pourrait en être autrement

of the organization and hence subject to deportation. This, he argues, would clearly violate ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*.

d'autres personnes qui en étaient membres ou participaient à ses activités. Ainsi, sans prôner sciemment le terrorisme et la violence, elles peuvent être considérées comme faisant partie de l'organisation et, partant, être susceptibles d'expulsion. Selon lui, ce résultat contreviendrait nettement aux al. 2b) et 2d) de la *Charte*.

110 We believe that it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations. This is supported by the provision found at the end of s. 19, which exempts from the s. 19 classes "persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest". Section 19 must therefore be read as permitting a refugee to establish that his or her continued residence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding proof that the person is associated with or is a member of a terrorist organization. This permits a refugee to establish that the alleged association with the terrorist group was innocent. In such case, the Minister, exercising her discretion constitutionally, would find that the refugee does not fall within the targeted s. 19 class of persons eligible for deportation on national security grounds.

Nous croyons que le législateur n'avait pas l'intention d'inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l'art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Cette interprétation trouve appui dans la disposition édictée à la fin de l'art. 19, qui exclut des catégories décrites à l'art. 19 les personnes qui « convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national ». L'article 19 doit donc être considéré comme ayant pour effet de permettre à un réfugié de prouver que le fait qu'il continue de résider au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve qu'il est associé à une organisation terroriste ou qu'il en est membre. Un réfugié peut ainsi établir que l'association avec le groupe terroriste qu'on lui reproche avait un caractère innocent. En pareil cas, la ministre exercerait son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Constitution en concluant que le réfugié n'appartient pas à la catégorie — visée à l'art. 19 — de personnes susceptibles d'expulsion pour des raisons de sécurité nationale.

111 It follows that the appellant has not established that s. 53's reference to s. 19 unjustifiably violates his *Charter* rights of freedom of expression and freedom of association. Moreover, since there is no s. 2 violation, there is no basis to interfere with the s. 40.1 certificate that was issued in October 1995.

L'appelant n'a donc pas établi que le renvoi à l'art. 19 dans l'art. 53 porte atteinte de façon injustifiable au droit à la liberté d'expression et à la liberté d'association que lui garantit la *Charte*. De plus, en l'absence de manquement à l'art. 2, rien ne permet à la Cour d'intervenir relativement à l'attestation délivrée en vertu de l'art. 40.1 en octobre 1995.

112 This brings us to Suresh's final argument, that the process by which the Minister assessed the risk of torture he faces should he be returned to Sri Lanka was flawed and violated his constitutional rights by unjustly exposing him to the risk of torture.

Ces considérations nous amènent à l'argument final invoqué par M. Suresh, soit que la procédure qu'a utilisée la ministre pour évaluer le risque de torture qu'il court s'il est renvoyé au Sri Lanka était viciée et a porté atteinte à ses droits constitutionnels en l'exposant injustement au risque d'être torturé.

3. Are the Procedures for Deportation Set Out in the Immigration Act Constitutionally Valid?

This appeal requires us to determine the procedural protections to which an individual is entitled under s. 7 of the *Charter*. In doing so, we find it helpful to consider the common law approach to procedural fairness articulated by L'Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*. In elaborating what is required by way of procedural protection under s. 7 of the *Charter* in cases of this kind, we wish to emphasize that our proposals should be applied in a manner sensitive to the context of specific factual situations. What is important are the basic principles underlying these procedural protections. The principles of fundamental justice of which s. 7 speaks, though not identical to the duty of fairness elucidated in *Baker*, are the same principles underlying that duty. As Professor Hogg has said, "The common law rules [of procedural fairness] are in fact basic tenets of the legal system, and they have evolved in response to the same values and objectives as s. 7": see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.) vol. 2, at para. 44.20. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13, Wilson J. recognized that the principles of fundamental justice demand, at a minimum, compliance with the common law requirements of procedural fairness. Section 7 protects substantive as well as procedural rights: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*. Insofar as procedural rights are concerned, the common law doctrine summarized in *Baker, supra*, properly recognizes the ingredients of fundamental justice.

We therefore find it appropriate to look to the factors discussed in *Baker* in determining not only whether the common law duty of fairness has been met, but also in deciding whether the safeguards provided satisfy the demands of s. 7. In saying this, we emphasize that, as is the case for the substantive

3. La procédure d'expulsion prescrite par la Loi sur l'immigration est-elle valide sur le plan constitutionnel?

Nous sommes appelés, dans le cadre du présent pourvoi, à décider des garanties procédurales auxquelles une personne a droit suivant l'art. 7 de la *Charte*. À cette fin, il nous paraît utile d'examiner la notion d'équité procédurale en common law dont madame le juge L'Heureux-Dubé a fait état dans l'arrêt *Baker*, précité. Dans le cadre de notre examen des éléments que l'art. 7 de la *Charte* impose sur le plan des garanties procédurales dans une instance semblable à celle dont nous sommes saisis, nous tenons à souligner que nos propositions doivent être appliquées en tenant compte du contexte de chaque situation factuelle particulière. Ce sont les principes fondamentaux sous-tendant ces garanties procédurales qui importent. Bien que les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 ne correspondent pas en tous points à l'obligation d'équité clarifiée dans *Baker*, ils sont les mêmes que ceux qui la sous-tendent. Pour reprendre les propos du professeur Hogg : [TRADUCTION] « Les règles de la common law [relatives à l'équité procédurale] sont en fait des préceptes fondamentaux du système juridique, et elles ont évolué en fonction des mêmes valeurs et des mêmes objectifs que l'art. 7 » : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, par. 44.20. Dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 212-213, madame le juge Wilson a reconnu que les principes de justice fondamentale exigeaient à tout le moins le respect des règles de la common law en matière d'équité procédurale. L'article 7 protège tout autant les droits procéduraux que les droits substantiels : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. En ce qui a trait aux droits procéduraux, la règle de la common law résumée dans *Baker*, précité, décrit correctement les éléments de la justice fondamentale.

Par conséquent, nous estimons opportun d'examiner les facteurs étudiés dans *Baker* pour déterminer non seulement si l'obligation d'équité imposée par la common law a été respectée, mais encore si les garanties accordées sont conformes aux exigences de l'art. 7. À cet égard, nous tenons à souligner que

aspects of s. 7 in connection with deportation to torture, we look to the common law factors not as an end in themselves, but to inform the s. 7 procedural analysis. At the end of the day, the common law is not constitutionalized; it is used to inform the constitutional principles that apply to this case.

nous examinons les facteurs reconnus en common law non pas comme une fin en soi, mais pour nous guider dans notre analyse de la procédure au regard de l'art. 7, tout comme nous l'avons fait dans le cas des aspects substantiels de l'art. 7 par rapport à l'expulsion impliquant un risque de torture. En bout de ligne, les règles de common law n'acquiescent pas le statut de règles constitutionnelles; elles servent à clarifier les principes constitutionnels qui s'appliquent en l'espèce.

115 What is required by the duty of fairness — and therefore the principles of fundamental justice — is that the issue at hand be decided in the context of the statute involved and the rights affected: *Baker, supra*, at para. 21; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J. More specifically, deciding what procedural protections must be provided involves consideration of the following factors: (1) the nature of the decision made and the procedures followed in making it, that is, “the closeness of the administrative process to the judicial process”; (2) the role of the particular decision within the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the individual affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision where undertakings were made concerning the procedure to be followed; and (5) the choice of procedure made by the agency itself: *Baker, supra*, at paras. 23-27. This is not to say that other factors or considerations may not be involved. This list of factors is non-exhaustive in determining the common law duty of fairness: *Baker, supra*, at para. 28. It must necessarily be so in determining the procedures demanded by the principles of fundamental justice.

L'obligation d'équité — et par conséquent les principes de justice fondamentale — exigent en fait que la question soulevée soit tranchée dans le contexte de la loi en cause et des droits touchés : *Baker*, précité, par. 21; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka. Plus précisément, pour décider des garanties procédurales qui doivent être accordées, nous devons tenir compte, entre autres facteurs, (1) de la nature de la décision recherchée et du processus suivi pour y parvenir, savoir « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire », (2) du rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, (3) de l'importance de la décision pour la personne visée, (4) des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris concernant la procédure à suivre et (5) des choix de procédure que l'organisme fait lui-même : *Baker*, précité, par. 23-27. Cela ne signifie pas qu'il est exclu que d'autres facteurs et considérations entrent en jeu. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive même pour circonscrire l'obligation d'équité en common law : *Baker*, précité, par. 28. Elle ne l'est donc forcément pas pour décider de la procédure dictée par les principes de justice fondamentale.

116 The nature of the decision to deport bears some resemblance to judicial proceedings. While the decision is of a serious nature and made by an individual on the basis of evaluating and weighing risks, it is also a decision to which discretion must attach. The Minister must evaluate not only the past actions of and present dangers to an individual under her consideration pursuant to s. 53, but also the future

La décision d'expulser une personne s'apparente, par sa nature, à une procédure judiciaire. Bien qu'il s'agisse d'une décision grave, rendue après l'évaluation et la pondération des risques, elle doit conserver un caractère discrétionnaire. Dans le cadre de l'examen prescrit par l'art. 53, la ministre doit évaluer non seulement les antécédents de l'intéressé et les dangers qu'il court, mais également son com-

behaviour of that individual. We conclude that the nature of the decision militates neither in favour of particularly strong, nor particularly weak, procedural safeguards.

The nature of the statutory scheme suggests the need for strong procedural safeguards. While the procedures set up under s. 40.1 of the *Immigration Act* are extensive and aim to ensure that certificates under that section are issued fairly and allow for meaningful participation by the person involved, there is a disturbing lack of parity between these protections and the lack of protections under s. 53(1)(b). In the latter case, there is no provision for a hearing, no requirement of written or oral reasons, no right of appeal — no procedures at all, in fact. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Baker, supra*, “[g]reater procedural protections . . . will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted” (para. 24). This is particularly so where, as here, Parliament elsewhere in the Act has constructed fair and systematic procedures for similar measures.

The third factor requires us to consider the importance of the right affected. As discussed above, the appellant’s interest in remaining in Canada is highly significant, not only because of his status as a Convention refugee, but also because of the risk of torture he may face on return to Sri Lanka as a member of the LTTE. The greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Deportation from Canada engages serious personal, financial and emotional consequences. It follows that this factor militates in favour of heightened procedural protections under s. 53(1)(b). Where, as here, a person subject to a s. 53(1)(b) opinion may be subjected to

portement futur. Nous concluons que la nature de la décision ne milite ni en faveur de l’application de garanties procédurales particulièrement strictes, ni en faveur de l’application de garanties particulièrement laxistes.

La nature du régime législatif donne à penser que de solides garanties procédurales s’imposent. Bien que la procédure établie par l’art. 40.1 de la *Loi sur l’immigration* soit détaillée, qu’elle vise à faire en sorte que l’attestation prévue par cette disposition soit délivrée de manière équitable et qu’elle permette une participation utile de l’intéressé, il existe une disparité troublante entre ces garanties et l’absence de telles garanties à l’al. 53(1)(b). Cette dernière disposition ne prévoit ni audience, ni communication de motifs par écrit ou de vive voix, ni droit d’appel; en fait, elle n’établit aucune procédure à suivre. Comme l’a dit madame le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, précité, « des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d’appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes » (par. 24). Tel est particulièrement le cas lorsque, comme en l’espèce, le législateur a établi dans d’autres dispositions de la Loi, une procédure équitable et systématique à l’égard de mesures comparables.

Le troisième facteur exige que nous nous penchions sur l’importance du droit visé. Comme nous l’avons indiqué précédemment, l’intérêt qu’a l’appelant à demeurer au Canada est très important, non seulement parce qu’il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention, mais également parce que, en qualité de membre des LTTE, il risque la torture s’il retourne au Sri Lanka. Plus l’incidence de la décision sur la vie de l’intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l’obligation d’équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l’art. 7 de la *Charte*. L’expulsion du Canada a de graves conséquences sur les plans personnel, financier et émotif. Par conséquent, ce facteur milite en faveur du respect de garanties procédurales accrues pour l’application de

torture, this factor requires even more substantial protections.

119 As discussed above, Article 3 of the CAT, which explicitly prohibits the deportation of persons to states where there are “substantial grounds” for believing that the person would be “in danger of being subjected to torture”, informs s. 7 of the *Charter*. It is only reasonable that the same executive that bound itself to the CAT intends to act in accordance with the CAT’s plain meaning. Given Canada’s commitment to the CAT, we find that the appellant had the right to procedural safeguards, at the s. 53(1)(b) stage of the proceedings. More particularly, the phrase “substantial grounds” raises a duty to afford an opportunity to demonstrate and defend those grounds.

120 The final factor we consider is the choice of procedures made by the agency. In this case, the Minister is free under the terms of the statute to choose whatever procedures she wishes in making a s. 53(1)(b) decision. As noted above, the Minister must be allowed considerable discretion in evaluating future risk and security concerns. This factor also suggests a degree of deference to the Minister’s choice of procedures since Parliament has signaled the difficulty of the decision by leaving to the Minister the choice of how best to make it. At the same time, this need for deference must be reconciled with the elevated level of procedural protections mandated by the serious situation of refugees like Suresh, who if deported may face torture and violations of human rights in which Canada can neither constitutionally, nor under its international treaty obligations, be complicit.

121 Weighing these factors together with all the circumstances, we are of the opinion that the procedural

l’al. 53(1)b). Dans les cas où, comme en l’espèce, la personne visée par l’attestation délivrée en vertu de l’al. 53(1)b) pourrait être soumise à la torture, ce facteur exige des garanties encore plus importantes.

Comme nous l’avons expliqué précédemment, l’art. 3 de la CCT, qui interdit expressément à tout État d’expulser une personne vers un État où il existe des « motifs sérieux » de croire qu’elle « risque d’être soumise à la torture », a une incidence sur la portée de l’art. 7 de la *Charte*. Il est tout à fait raisonnable de s’attendre à ce qu’un pouvoir exécutif qui s’est déjà engagé à appliquer la CCT veuille agir en conformité avec son libellé clair. Compte tenu de l’engagement du Canada à respecter la CCT, nous concluons que l’appelant avait le droit de bénéficier de garanties procédurales à l’étape de la procédure régie par l’al. 53(1)b). Plus particulièrement, l’expression « motifs sérieux » engendre l’obligation de donner la possibilité à l’intéressé de faire valoir de tels motifs et de les prouver.

Comme dernier facteur, nous tenons compte des choix de procédure faits par l’organisme lui-même. En l’espèce, la ministre peut, suivant les dispositions de la Loi, suivre la procédure de son choix pour rendre la décision visée par l’al. 53(1)b). Comme nous l’avons signalé précédemment, la ministre doit jouir d’un très vaste pouvoir discrétionnaire pour évaluer le risque futur et les questions de sécurité. Ce facteur semble aussi commander une certaine retenue à l’égard des choix de procédure faits par la ministre, le législateur ayant fait ressortir la difficulté de la décision en confiant à la ministre le choix de la meilleure procédure à suivre pour y parvenir. Il faut par ailleurs concilier cette nécessité de faire preuve de retenue avec les garanties procédurales importantes que commande la gravité de la situation des réfugiés, tel M. Suresh, dont l’expulsion les exposerait au risque d’être soumis à la torture et de faire l’objet de violations des droits de la personne, violations dont le Canada ne peut se faire complice sans manquer aux obligations que lui imposent la Constitution et les traités internationaux auxquels il est partie.

Après pondération de ces facteurs et de toutes les circonstances, nous estimons que les garanties

protections required by s. 7 in this case do not extend to the level of requiring the Minister to conduct a full oral hearing or a complete judicial process. However, they require more than the procedure required by the Act under s. 53(1)(b) — that is, none — and they require more than Suresh received.

We find that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(b) must be informed of the case to be met. Subject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents, this means that the material on which the Minister is basing her decision must be provided to the individual, including memoranda such as Mr. Gautier's recommendation to the Minister. Furthermore, fundamental justice requires that an opportunity be provided to respond to the case presented to the Minister. While the Minister accepted written submissions from the appellant in this case, in the absence of access to the material she was receiving from her staff and on which she based much of her decision, Suresh and his counsel had no knowledge of which factors they specifically needed to address, nor any chance to correct any factual inaccuracies or mischaracterizations. Fundamental justice requires that written submissions be accepted from the subject of the order after the subject has been provided with an opportunity to examine the material being used against him or her. The Minister must then consider these submissions along with the submissions made by the Minister's staff.

Not only must the refugee be informed of the case to be met, the refugee must also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise. Thus the refugee should be permitted to present evidence pursuant to s. 19 of the Act showing that his or her continued presence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding evidence of association with a terrorist organization. The same applies to the risk of torture on return. Where the Minister

procédurales dictées par l'art. 7 en l'espèce ne vont pas jusqu'à obliger la ministre à tenir une audience ou une instance judiciaire complète. Elles commandent toutefois davantage que la procédure que requiert l'al. 53(1)(b) de la Loi — c'est-à-dire aucune — et que celle dont M. Suresh a bénéficié.

Nous concluons qu'une personne susceptible, par application de l'al. 53(1)(b), d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture doit être informée des éléments invoqués contre elle. Par conséquent, sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique, tous les éléments sur lesquels la ministre fonde sa décision doivent être communiqués à l'intéressé, y compris les notes de service, telle la recommandation de M. Gautier à la ministre. En outre, la justice fondamentale exige que l'intéressé ait l'occasion de réfuter la preuve présentée à la ministre. Bien que celle-ci ait accepté, en l'espèce, que l'appelant lui soumette des observations par écrit, M. Suresh et son avocate n'ont pas eu accès aux documents que la ministre a reçu de ses fonctionnaires et sur lesquels elle a en grande partie fondé sa décision, de sorte qu'ils ne savaient pas sur quels facteurs axer leurs arguments et qu'ils n'ont pas eu l'occasion de corriger les inexactitudes ou erreurs de qualification que pouvaient comporter les faits. La justice fondamentale exige que la personne visée par l'ordonnance soit autorisée à présenter des observations par écrit, après avoir eu la possibilité d'examiner les éléments invoqués contre elle. La ministre doit alors examiner tant ces observations que celles présentées par ses fonctionnaires.

Le réfugié doit non seulement être informé des éléments invoqués contre lui, mais aussi avoir la possibilité de contester l'information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute. Ainsi, le réfugié doit pouvoir présenter des éléments de preuve conformément à l'art. 19 de la Loi pour établir que sa présence au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve établissant qu'il est associé à une organisation terroriste. Cela vaut aussi en ce qui concerne le risque qu'il soit

122

123

is relying on written assurances from a foreign government that a person would not be tortured, the refugee must be given an opportunity to present evidence and make submissions as to the value of such assurances.

soumis à la torture à la suite de son renvoi. Lorsque la ministre s'appuie sur l'assurance, donnée par écrit par un gouvernement étranger, qu'une personne ne sera pas soumise à la torture, le réfugié doit avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve et des observations sur la valeur de l'assurance ainsi donnée.

124 It may be useful to comment further on assurances. A distinction may be drawn between assurances given by a state that it will not apply the death penalty (through a legal process) and assurances by a state that it will not resort to torture (an illegal process). We would signal the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past. This difficulty becomes acute in cases where torture is inflicted not only with the collusion but through the impotence of the state in controlling the behaviour of its officials. Hence the need to distinguish between assurances regarding the death penalty and assurances regarding torture. The former are easier to monitor and generally more reliable than the latter.

Il est peut-être utile d'ajouter quelques remarques sur les assurances obtenues. Il faut établir une distinction entre les assurances selon qu'elles sont fournies par un État qui promet de ne pas appliquer la peine de mort (conformément à un processus légal) ou par un État qui promet de ne pas avoir recours à la torture (un processus illégal). Nous tenons à souligner le problème que crée le fait d'accorder trop de poids à l'assurance donnée par un État qu'il n'aura pas recours à la torture à l'avenir, alors que par le passé il s'y est livré illégalement ou a permis que d'autres s'y livrent sur son territoire. Ce problème est exacerbé dans les cas où la torture n'est pas infligée seulement avec l'accord tacite de l'État, mais aussi à cause de son incapacité à contrôler la conduite de ses représentants. D'où la nécessité de distinguer les assurances portant sur la peine de mort de celles portant sur la torture, les premières étant plus faciles à contrôler et généralement plus dignes de foi que les secondes.

125 In evaluating assurances by a foreign government, the Minister may also wish to take into account the human rights record of the government giving the assurances, the government's record in complying with its assurances, and the capacity of the government to fulfill the assurances, particularly where there is doubt about the government's ability to control its security forces. In addition, it must be remembered that before becoming a Convention refugee, the individual involved must establish a well-founded fear of persecution (although not necessarily torture) if deported.

Lorsqu'elle évalue les assurances fournies par un gouvernement étranger, la ministre peut aussi vouloir tenir compte des antécédents de ce gouvernement en matière de respect des droits de la personne, de la mesure dans laquelle il s'est conformé dans le passé à de telles assurances et de sa capacité de le faire, plus particulièrement lorsqu'il n'est pas certain qu'il soit en mesure de contrôler ses forces de sécurité. Il faut en outre se rappeler que, avant de se voir reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention, l'intéressé doit établir qu'il craint avec raison d'être persécuté (mais pas nécessairement torturé) s'il est expulsé.

126 The Minister must provide written reasons for her decision. These reasons must articulate and rationally sustain a finding that there are no substantial grounds to believe that the individual who is the subject of a s. 53(1)(b) declaration will be subjected

La ministre doit motiver sa décision par écrit. Ses motifs doivent exposer clairement et étayer rationnellement sa conclusion qu'il n'existe pas de motifs sérieux de croire que la personne visée par l'attestation prévue à l'al. 53(1)(b) sera torturée ou exécutée

to torture, execution or other cruel or unusual treatment, so long as the person under consideration has raised those arguments. The reasons must also articulate why, subject to privilege or valid legal reasons for not disclosing detailed information, the Minister believes the individual to be a danger to the security of Canada as required by the Act. In addition, the reasons must also emanate from the person making the decision, in this case the Minister, rather than take the form of advice or suggestion, such as the memorandum of Mr. Gautier. Mr. Gautier's report, explaining to the Minister the position of Citizenship and Immigration Canada, is more like a prosecutor's brief than a statement of reasons for a decision.

These procedural protections need not be invoked in every case, as not every case of deportation of a Convention refugee under s. 53(1)(b) will involve risk to an individual's fundamental right to be protected from torture or similar abuses. It is for the refugee to establish a threshold showing that a risk of torture or similar abuse exists before the Minister is obliged to consider fully the possibility. This showing need not be proof of the risk of torture to that person, but the individual must make out a *prima facie* case that there may be a risk of torture upon deportation. If the refugee establishes that torture is a real possibility, the Minister must provide the refugee with all the relevant information and advice she intends to rely on, provide the refugee an opportunity to address that evidence in writing, and after considering all the relevant information, issue responsive written reasons. This is the minimum required to meet the duty of fairness and fulfill the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

The Minister argues that even if the procedures used violated Suresh's s. 7 rights, that violation is justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Despite the legitimate purpose of s. 53(1)(b) of the

ou subira quelque autre traitement cruel ou inusité, dans la mesure où cette personne a fait valoir qu'elle s'exposait à un tel sort. Sous réserve du caractère privilégié de l'information ou de l'existence d'autres raisons juridiques valables de ne pas divulguer de renseignements détaillés, les motifs doivent également préciser les raisons pour lesquelles la ministre croit que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada, comme l'exige la Loi. De plus, ces motifs doivent émaner de l'auteur de la décision, en l'occurrence la ministre, et ne doivent pas prendre la forme d'une opinion ou d'une recommandation, comme la note de M. Gautier. Le rapport préparé par M. Gautier pour expliquer à la ministre le point de vue de Citoyenneté et Immigration Canada s'apparente davantage à un mémoire de la poursuite qu'à un exposé des motifs produits à l'appui d'une décision.

Il n'est pas nécessaire d'invoquer ces garanties procédurales dans tous les cas, car toutes les affaires d'expulsion d'un réfugié au sens de la Convention fondées sur l'al. 53(1)(b) ne comportent pas un risque d'atteinte au droit fondamental à la protection contre la torture ou tout mauvais traitement semblable. Le réfugié doit satisfaire à un critère préliminaire en démontrant l'existence d'un risque qu'il soit soumis à la torture ou à un mauvais traitement semblable pour que la ministre soit tenue d'envisager en profondeur cette possibilité. À cette étape, le réfugié n'est pas tenu de prouver qu'il risque la torture, mais il doit établir *prima facie* qu'il pourrait risquer la torture s'il était expulsé. Si le réfugié établit l'existence d'une possibilité réelle de torture, la ministre doit lui communiquer tous les renseignements et conseils qu'elle a l'intention de prendre en compte, elle doit lui donner la possibilité de présenter des observations écrites pour les réfuter et elle doit exposer des motifs écrits répondant à ces observations. Ce sont là les mesures minimales requises pour assurer le respect de l'obligation d'équité et satisfaire aux exigences de la justice fondamentale conformément à l'art. 7 de la *Charte*.

La ministre soutient que, même si la procédure utilisée porte atteinte aux droits garantis à M. Suresh par l'art. 7, cette atteinte est justifiée parce qu'elle constitue une limite raisonnable au sens de l'article

Immigration Act in striking a balance between the need to fulfil Canada's commitments with respect to refugees and the maintenance of the safety and good order of Canadian society, the lack of basic procedural protections provided to Suresh cannot be justified by s. 1 in our view. Valid objectives do not, without more, suffice to justify limitations on rights. The limitations must be connected to the objective and be proportional. Here the connection is lacking. A valid purpose for excepting some Convention refugees from the protection of s. 53(1) of the Act does not justify the failure of the Minister to provide fair procedures where this exception involves a risk of torture upon deportation. Nor do the alleged fundraising activities of Suresh rise to the level of exceptional conditions contemplated by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. Consequently, the issuance of a s. 53(1)(b) opinion relating to him without the procedural protections mandated by s. 7 is not justified under s. 1.

4. Should the Minister's Order Be Set Aside and a New Hearing Ordered?

129

We conclude that generally to deport a refugee, where there are grounds to believe that this would subject the refugee to a substantial risk of torture, would unconstitutionally violate the *Charter's* s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person. This said, we leave open the possibility that in an exceptional case such deportation might be justified either in the balancing approach under ss. 7 or 1 of the *Charter*. We reject the argument that the terms "danger to the security of Canada" and "terrorism" are unconstitutionally vague. We also reject the argument that s. 53, by its reference to s. 19, unconstitutionally violates the *Charter* guarantees of freedom of expression and association. Finally, we conclude that the procedures for deportation under the *Immigration Act*, when applied in accordance with

premier de la *Charte*. Malgré le but légitime de l'al. 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, qui vise à établir un équilibre entre la nécessité de respecter les obligations du Canada envers les réfugiés et le maintien de la sécurité et de l'ordre au sein de la société canadienne, nous estimons que l'omission d'offrir des garanties procédurales fondamentales à M. Suresh ne peut se justifier au regard de l'article premier. Des objectifs valides ne suffisent pas, à eux seuls, pour justifier l'atteinte portée à des droits. La restriction imposée doit avoir un lien avec l'objectif poursuivi et être proportionnée. En l'espèce, ce lien n'existe pas. Bien que le fait de priver certains réfugiés du bénéfice de la protection contre l'expulsion prévue par le par. 53(1) de la Loi vise un objectif valable, cet objectif ne justifie pas l'omission de la ministre de veiller à ce que la procédure suivie soit équitable, dans le cas où la privation de cette protection implique un risque de torture en cas d'expulsion. De plus, les activités de financement de M. Suresh ne peuvent être assimilées aux conditions exceptionnelles envisagées par le juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Par conséquent, la délivrance de l'attestation visant M. Suresh en vertu de l'al. 53(1)b), sans le bénéfice des garanties procédurales exigées par l'art. 7, n'est pas validée par l'article premier.

4. Y a-t-il lieu d'annuler la mesure prise par l'ordonnance de la ministre et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience?

Nous concluons que, règle générale, lorsqu'il existe des motifs de croire que l'expulsion d'un réfugié lui fera courir un risque sérieux de torture, son expulsion est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du réfugié que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Cela dit, nous n'écartons pas la possibilité que, dans un cas exceptionnel, son expulsion puisse se justifier soit dans le cadre de la pondération effectuée en application de l'art. 7, soit au regard de l'article premier de la *Charte*. Nous rejetons l'argument selon lequel les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » sont imprécis au point d'être inconstitutionnels. Nous rejetons aussi l'argument voulant que le renvoi à l'art. 19 dans l'art. 53 soit inconstitutionnel parce qu'il porte atteinte au droit à la liberté

the safeguards outlined in these reasons, are constitutional.

Applying these conclusions in the instant case, we find that Suresh made a *prima facie* showing that he might be tortured on return if expelled to Sri Lanka. Accordingly, he should have been provided with the procedural safeguards necessary to protect his s. 7 right not to be expelled to torture. He was not provided the required safeguards. We therefore remand the case to the Minister for reconsideration in accordance with the procedures set out in these reasons.

V. Conclusion

The appeal is allowed with costs throughout on a party and party basis. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 53(1)(b) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it does not prohibit the Minister of Citizenship and Immigration from removing a person from Canada to a country where the person may face a risk of torture?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 53(1)(b) of the *Immigration Act* a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Charter* on the rights of a person who may face a risk of torture if removed to a particular country?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 19(1)(e)(iv)(C), 19(1)(f)(ii) and 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act* infringe the freedoms guaranteed under ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*?

Answer: Section 19(1) of the *Immigration Act*, as incorporated by s. 53(1), does not infringe ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*.

d'expression et à la liberté d'association garanti par la *Charte*. Enfin, nous concluons que la procédure d'expulsion requise par la *Loi sur l'immigration* est constitutionnelle lorsqu'elle est appliquée conformément aux garanties énoncées dans les présents motifs.

Appliquant ces conclusions aux faits de l'es-pèce, nous statuons que M. Suresh a démontré *prima facie* qu'il pourrait être soumis à la torture à son retour au Sri Lanka si on l'expulsait vers ce pays. Par conséquent, il aurait dû bénéficier des garanties procédurales nécessaires au respect du droit qui lui garantit l'art. 7 de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture. Or, il n'en a pas bénéficié. Nous renvoyons donc l'affaire à la ministre afin qu'elle la réexamine en conformité avec la procédure décrite dans les présents motifs.

V. Conclusion

Le pourvoi est accueilli avec dépens devant toutes les cours sur la base partie-partie. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'alinéa 53(1)(b) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il n'interdit pas au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de renvoyer une personne dans un pays où elle peut risquer d'être torturée?

Réponse : Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 53(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* restreint-il, dans des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*, les droits de la personne qui peut risquer d'être torturée si elle est renvoyée dans un pays particulier?

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

3. Les divisions 19(1)(e)(iv)(C) et 19(1)(f)(iii)(B) ainsi que le sous-al. 19(1)(f)(ii) de la *Loi sur l'immigration* portent-ils atteinte aux libertés garanties par les al. 2(b) et 2(d) de la *Charte*?

Réponse : Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'immigration*, tel qu'incorporé au par. 53(1), ne porte pas atteinte aux al. 2(b) et 2(d) de la *Charte*.

130

131

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, are ss. 19(1)(e)(iv)(C), 19(1)(f)(ii) and 19(1)(f)(iii)(B) of the *Immigration Act* a reasonable limit on the rights of a person within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Is the term “danger to the security of Canada” found in s. 53(1)(b) of the *Immigration Act* and/or the term “terrorism” found in s. 19(1)(e) and (f) of the *Immigration Act* void for vagueness and therefore contrary to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*?

Answer: No.

6. If the answer to question 5 is in the affirmative, are ss. 53(1)(b) and/or s. 19(1)(e) and (f) of the *Immigration Act* a reasonable limit on the rights of a person within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondents: The Department of Justice, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Nations High Commissioner for Refugees: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Wiseman, Battista, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Arab Federation: The Test Case Centre, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Council for Refugees: Refugee Law Office, Toronto.

Solicitor for the intervener the Federation of Associations of Canadian Tamils: Jamie Cameron, Toronto.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les divisions 19(1)(e)(iv)(C) et 19(1)(f)(iii)(B) ainsi que le sous-al. 19(1)(f)(ii) de la *Loi sur l'immigration* restreignent-ils les droits d'une personne dans des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

5. L'expression « danger pour la sécurité du Canada » qui figure à l'al. 53(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* et l'expression « actes de terrorisme » utilisée aux al. 19(1)(e) et (f) de la *Loi sur l'immigration*, ou l'une ou l'autre de ces expressions, sont-elles frappées de nullité pour cause d'imprécision et donc contraires aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*?

Réponse: Non.

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, les al. 53(1)(b) ainsi que 19(1)(e) et (f) de la *Loi sur l'immigration*, ou l'un ou l'autre de ces alinéas, restreignent-ils les droits d'une personne dans des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Procureur des intimées: Le ministère de la Justice, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale: Wiseman, Battista, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Fédération canado-arabe: The Test Case Centre, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés: Refugee Law Office, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Federation of Associations of Canadian Tamils: Jamie Cameron, Toronto.

Solicitor for the intervener the Centre for Constitutional Rights: David Cole, Washington, D.C.

Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Centre for Constitutional Rights : David Cole, Washington, D.C.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des églises : Ruby & Edwardh, Toronto.

Mansour Ahani *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration and the Attorney General of Canada *Respondents*

INDEXED AS: AHANI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2002 SCC 2.

File No.: 27792.

2001: May 22; 2002: January 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” in deportation provisions of immigration legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of torture if deported — Whether procedural safeguards provided to

Mansour Ahani *Appelant*

c.

La ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et la procureure générale du Canada *Intimées*

RÉPERTORIÉ : AHANI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

Référence neutre : 2002 CSC 2.

N° du greffe : 27792.

2001 : 22 mai; 2002 : 11 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L'expulsion d'un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l'expulsion de la Loi sur l'immigration sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 2d) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d'expulsion — Les garanties procédurales

Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

Administrative law — Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee's presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

The appellant is a citizen of Iran who entered Canada in 1991 and was granted Convention refugee status. In 1993, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration filed a certificate under s. 40.1 of the *Immigration Act* with the Federal Court, Trial Division, alleging that the appellant was a member of an inadmissible class specified in the anti-terrorism provisions of the Act. The appellant was arrested and has remained in custody ever since. The appellant was later informed of the Minister's intention to issue a danger opinion under s. 53(1)(b) of the Act and was given an opportunity to make submissions. He claimed that if he is sent back to Iran, he will likely face torture. A memorandum was prepared for the Minister's consideration with the appellant's submissions and other relevant documents. That memorandum was accompanied by an opinion letter from the Minister's legal services unit. The Minister issued her opinion, under s. 53(1)(b), that the appellant constituted a danger to the security of Canada. The appellant filed an application for judicial review of the Minister's decision in which he raised, among other things, various constitutional questions relating to s. 53(1)(b). He also commenced an action raising the same constitutional questions, which was heard with the application for judicial review. The Federal Court, Trial Division granted the Minister's preliminary motion requesting that the motion judge's decision in *Suresh* be applied to these proceedings to the extent that it decided the same constitutional questions. The court subsequently dismissed the application for judicial review. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

When the analytical framework set out in *Suresh* is applied, the appellant has not cleared the evidentiary

accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de la justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)(b).

L'appelant est un citoyen iranien qui est arrivé au Canada en 1991 et s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. En 1993, le solliciteur général du Canada et la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont déposé à la Section de première instance de la Cour fédérale l'attestation prévue à l'art. 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, dans laquelle ils alléguaient que l'appelant appartenait à une catégorie non admissible décrite dans les dispositions anti-terroristes de la Loi. L'appelant a été arrêté et est détenu depuis. L'appelant a été informé par la suite de l'intention de la ministre d'exprimer l'opinion qu'il constitue un danger, en application de l'al. 53(1)(b) de la Loi, et il s'est vu accorder l'occasion de présenter des observations. Il a prétendu qu'il risquait la torture s'il est renvoyé en Iran. Une note de service destinée à la ministre a été établie pour qu'elle l'examine avec les observations de l'appelant et d'autres documents pertinents. Cette note était accompagnée d'un avis des services juridiques ministériels. La ministre a exprimé l'opinion, en vertu de l'al. 53(1)(b), que l'appelant constituait un danger pour la sécurité du Canada. L'appelant a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre, dans laquelle il soulevait notamment un certain nombre de questions constitutionnelles concernant l'al. 53(1)(b). Il a intenté, parallèlement, une action dans laquelle il soulevait les mêmes questions constitutionnelles et qui a été entendue en même temps que la demande de contrôle judiciaire. La Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la requête préliminaire de la ministre demandant l'application, dans l'instance, de la décision rendue par le juge des requêtes dans l'affaire *Suresh*, dans la mesure où elle tranchait les mêmes questions constitutionnelles. La cour a ensuite rejeté la demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'appelant.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'application du cadre analytique établi dans *Suresh* mène à la conclusion que l'appelant n'a pas satisfait à la

threshold required to access the protection guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant has not made out a *prima facie* case that there was a substantial risk of torture upon deportation. The provisions allowing the Minister to deport a refugee for membership in a terrorist organization do not unjustifiably infringe *Charter* rights of freedom of expression and association. In this case, unlike *Suresh*, the Minister provided adequate procedural protections. The appellant was fully informed of the Minister's case against him and given a full opportunity to respond. Insofar as the procedures followed may not have precisely complied with those suggested in *Suresh*, this did not prejudice him. The process accorded to the appellant was consistent with the principles of fundamental justice. Lastly, it was not patently unreasonable for the Minister to conclude that the appellant would constitute a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) of the *Immigration Act* since there was ample support for the Minister's decision. There is also no basis to interfere with the Minister's decision that the appellant's deportation to Iran would only expose him to a "minimal risk" of harm. The Minister applied the proper principles and took into account the relevant factors.

Cases Cited

Applied: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e)(iii), (iv)(C), (f)(ii), (iii)(B) [am. 1992, c. 49, s. 11(2)], (g), 40.1, 53(1)(b) [rep. & sub. *idem*, s. 43].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 252 N.R. 83, 3 Imm. L.R. (3d) 159, 73 C.R.R. (2d) 156, [2000] F.C.J. No. 53 (QL), upholding a judgment of the Trial Division (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 124, [1999] F.C.J. No. 1020 (QL). Appeal dismissed.

Barbara Jackman and Ronald Poulton, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Donald A. MacIntosh, for the respondents.

norme de preuve applicable pour bénéficier de la protection prévue à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appellant n'a pas établi *prima facie* qu'il courrait un risque sérieux d'être torturé s'il était expulsé. Les dispositions autorisant la ministre à expulser un réfugié en raison de son appartenance à une organisation terroriste ne portent pas atteinte de manière injustifiable aux droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association garantis par la *Charte*. Dans la présente affaire, la ministre a accordé des garanties procédurales adéquates, ce qui n'était pas le cas dans *Suresh*. L'appellant a été pleinement informé de la preuve dont disposait la ministre contre lui et il a eu la possibilité réelle d'y répondre. Dans la mesure où la procédure suivie n'était peut-être pas parfaitement conforme à celle préconisée dans *Suresh*, cette divergence n'a pas causé de préjudice à l'appellant. Le traitement dont a bénéficié l'appellant était conforme aux principes de justice fondamentale. Enfin, il n'était pas manifestement déraisonnable que la ministre conclue, en application de l'al. 53(1)(b) de la *Loi sur l'immigration*, que l'appellant constitue un danger pour la sécurité du Canada, car la décision de la ministre était suffisamment étayée. Il n'existe de plus aucune raison de modifier la décision de la ministre selon laquelle l'expulsion de l'appellant vers l'Iran ne l'exposerait qu'à un « risque minime ». La ministre a appliqué les bons principes et a tenu compte des facteurs pertinents.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1)(e)(iii), (iv)(C), (f)(ii), (iii)(B) [mod. 1992, ch. 49, art. 11(2)], (g), 40.1, 53(1)(b) [abr. & rempl. *idem*, s. 43; rempl. 1995, ch. 15, art. 12].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 252 N.R. 83, 3 Imm. L.R. (3d) 159, 73 C.R.R. (2d) 156, [2000] A.C.F. n° 53 (QL), confirmant une décision de la Section de première instance (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 124, [1999] A.C.F. n° 1020 (QL). Pourvoi rejeté.

Barbara Jackman et Ronald Poulton, pour l'appelant.

Urszula Kaczmarczyk et Donald A. MacIntosh, pour les intimées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — In this appeal we hold that the appellant, Mansour Ahani, is not entitled to a new deportation hearing under the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. Ahani is a citizen of Iran who entered Canada in 1991 and claimed Convention refugee status. The Canadian government now seeks to deport him to Iran, because of his association with the Iranian Ministry of Intelligence and Security (“MOIS”), which the government alleges is an Iranian terrorist organization. Ahani claims that if he is sent back to Iran, he will likely face torture.

This appeal raises the same constitutional issues as *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1 (released concurrently). Applying the analytical framework set out in *Suresh* to the facts of this case, we conclude that Ahani has not cleared the evidentiary threshold required to access the s. 7 protection guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As found in *Suresh*, the provisions allowing the Minister of Citizenship and Immigration to deport a refugee for membership in a terrorist organization do not unjustifiably infringe *Charter* rights of freedom of expression and association. In this case, unlike *Suresh*, the Minister provided adequate procedural protections. The appeal is therefore dismissed.

I. Facts

Ahani is a citizen of Iran. He entered Canada on October 14, 1991 and was granted Convention refugee status based on his political opinion and membership in a particular social group. After arriving, the Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”) began to suspect that Ahani was a member of the MOIS, which sponsors a wide range of terrorist activities, including the assassination of political dissidents worldwide. CSIS also believed that

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous statuons en l’espèce que l’appelant, Mansour Ahani, n’a pas droit à la tenue d’une nouvelle audience relativement à son expulsion, en application de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. Citoyen iranien arrivé au Canada en 1991, M. Ahani a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Le gouvernement canadien veut aujourd’hui l’expulser vers l’Iran en raison de son association avec le ministère du Renseignement et de la Sécurité de l’Iran (« MRSI »), qu’il qualifie d’organisation terroriste iranienne. Monsieur Ahani prétend qu’il risque la torture s’il est renvoyé en Iran.

Le présent pourvoi soulève les mêmes questions constitutionnelles que l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1 (jugement rendu concurremment). Appliquant aux faits de la présente espèce le cadre analytique établi dans *Suresh*, nous concluons que M. Ahani n’a pas satisfait à la norme de preuve applicable pour bénéficier de la protection prévue à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme nous l’avons dit dans *Suresh*, les dispositions autorisant la ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration à expulser un réfugié en raison de son appartenance à une organisation terroriste ne portent pas atteinte de manière injustifiable aux droits à la liberté d’expression et à la liberté d’association garantis par la *Charte*. Dans la présente affaire, la ministre a accordé des garanties procédurales adéquates, ce qui n’était pas le cas dans *Suresh*. Le pourvoi est donc rejeté.

I. Les faits

Monsieur Ahani est un citoyen iranien. Arrivé au Canada le 14 octobre 1991, il s’est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social. Après son arrivée, le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») a commencé à le soupçonner d’appartenir au MRSI, lequel parraine une grande variété d’activités terroristes, dont l’assassinat de dissidents politiques

1

2

3

Ahani received specialized training in the MOIS that qualified him as an assassin.

à l'étranger. Le SCRS croyait également que M. Ahani avait reçu du MRSI une formation spécialisée permettant de le considérer comme un assassin.

4 Shortly after his refugee hearing, Ahani was contacted by an intelligence officer from Iran, who is alleged to be a commander of the MOIS. Ahani arranged for a false passport, and met the commander in Zurich, Switzerland. From there, they traveled separately, but met again in Fermignano, Italy, which is apparently the home of a number of Iranian dissidents. Ahani returned to Switzerland, then traveled to Istanbul, Turkey, where he obtained another false passport and returned to Canada.

Peu après l'audition de sa revendication du statut de réfugié, M. Ahani a été joint par un agent du renseignement de l'Iran, un présumé commandant du MRSI. Muni d'un faux passeport, M. Ahani a rencontré le commandant à Zurich, en Suisse. Ils ont alors voyagé séparément, puis se sont rejoints à Fermignano, en Italie, où résident apparemment un certain nombre de dissidents iraniens. Monsieur Ahani est retourné en Suisse, puis il s'est rendu à Istanbul, en Turquie, où il s'est procuré un autre faux passeport. Il est ensuite rentré au Canada.

5 Upon his return to Canada, Ahani met with CSIS agents. CSIS alleges that during those meetings, Ahani admitted that his military training was part of his recruitment into the MOIS, and that the intelligence officer he met in Europe was a previous associate.

Après son retour au pays, M. Ahani a rencontré des agents du SCRS. Il aurait alors reconnu que son entraînement militaire faisait partie intégrante de son recrutement au sein du MRSI et que l'agent du renseignement qu'il avait rencontré en Europe était un ancien associé.

6 After receiving a report from CSIS, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration filed on June 17, 1993 a s. 40.1 security certificate with the Federal Court, Trial Division, alleging that Ahani was a member of the inadmissible classes described in ss. 19(1)(e)(iii), 19(1)(e)(iv)(C), 19(1)(f)(ii), 19(1)(f)(iii)(B) and 19(1)(g) of the Act. Ahani was arrested under s. 40.1(2)(b) of the Act and has remained in custody ever since.

Sur la foi d'un rapport du SCRS, le solliciteur général du Canada et la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont déposé à la Section de première instance de la Cour fédérale, le 17 juin 1993, l'attestation prévue à l'art. 40.1, dans laquelle ils alléguaient que M. Ahani appartenait aux catégories non admissibles visées aux dispositions 19(1)e)(iii), 19(1)e)(iv)(C), 19(1)f)(ii), 19(1)f)(iii)(B) et 19(1)g) de la Loi. Arrêté en application de l'al. 40.1(2)b) de la Loi, M. Ahani est détenu depuis.

7 Ahani challenged the constitutional validity of s. 40.1 of the Act before the Federal Court, Trial Division. McGillis J. found the s. 40.1 statutory scheme to be valid: [1995] 3 F.C. 669 (aff'd (1996), 201 N.R. 233 (F.C.A.), application for leave to appeal dismissed, [1997] 2 S.C.R. v). Ahani also challenged the reasonableness of the certificate, and Denault J. found that the certificate was reasonable, and that Ahani lacked credibility: (1998), 146 F.T.R. 223.

Monsieur Ahani a contesté la constitutionnalité de l'art. 40.1 de la Loi devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Madame le juge McGillis a confirmé la validité du régime prévu à l'art. 40.1 : [1995] 3 C.F. 669 (conf. par [1996] A.C.F. n° 937 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi refusée [1997] 2 R.C.S. v). Monsieur Ahani ayant par ailleurs contesté le caractère raisonnable de l'attestation, le juge Denault a statué que celle-ci était raisonnable et que M. Ahani n'était pas crédible : [1998] A.C.F. n° 507 (QL) (1^{re} inst.).

8 Ahani was later informed of the Minister's intention to issue a danger opinion under s. 53(1)(b) of the Act. At the Minister's invitation, Ahani made

La ministre a par la suite informé M. Ahani de son intention d'exprimer l'opinion qu'il constituait un danger pour la sécurité du Canada, en application

submissions that he would be put at risk for having made a refugee claim and divulging information to the Canadian authorities with respect to his work with the Iranian government. Ahani denied the allegation that he was an assassin with the MOIS.

Shortly thereafter, an analyst with the Case Management Branch of the Department of Citizenship and Immigration, prepared a memorandum for both the Acting Deputy Minister and the Minister's consideration and attached Ahani's submissions together with other relevant documents. That memorandum was accompanied by an opinion letter from the Minister's legal services unit. The Minister later issued her opinion, under s. 53(1)(b) of the Act, that Ahani constituted a danger to the security of Canada, following which Ahani filed an application for leave and for judicial review of the Minister's decision. Ahani raised a number of constitutional questions relating to s. 53(1)(b) of the Act. Ahani also commenced an action in which he raised the same constitutional questions.

On June 15, 1999, at the outset of the proceedings, counsel for the Minister made a preliminary motion requesting the court to apply the recent decision of McKeown J. in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 65 C.R.R. (2d) 344 (F.C.T.D.), insofar as it decides the same constitutional issues raised in the present cases. This motion was granted: (1999), 170 F.T.R. 153.

On the remaining issues, the Federal Court, Trial Division concluded on June 23, 1999 that there was ample evidence in the record to support the Minister's discretionary decision that the appellant constituted a danger to the security of Canada: (1999), 1 Imm. L.R. (3d) 124. The Minister's decision was found to be reasonable, and no error was committed that required the intervention of the court.

de l'al. 53(1)b) de la Loi. À l'invitation de la ministre, M. Ahani a formulé des observations et fait valoir que la revendication du statut de réfugié et la communication de renseignements aux autorités canadiennes au sujet de ses activités pour le compte du gouvernement iranien l'exposeraient à un risque. Monsieur Ahani a nié l'allégation qu'il était un assassin à la solde du MRSI.

Peu de temps après, un analyste de la Direction générale du règlement des cas du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a préparé une note de service destinée au sous-ministre par intérim et à la ministre, en y joignant les observations de M. Ahani ainsi que d'autres documents pertinents. Cette note était aussi accompagnée d'un avis des services juridiques ministériels. S'appuyant sur l'al. 53(1)b) de la Loi, la ministre a subséquemment exprimé l'opinion que l'appelant constituait un danger pour la sécurité du Canada. Monsieur Ahani a alors déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant la décision de la ministre. Il a soulevé un certain nombre de questions constitutionnelles concernant l'al. 53(1)b) de la Loi. Il a intenté, parallèlement, une action dans laquelle il soulevait les mêmes questions constitutionnelles.

Le 15 juin 1999, au début de l'instance, l'avocat de la ministre a présenté une requête préliminaire demandant à la cour d'appliquer la décision que venait de rendre le juge McKeown dans l'affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 865 (QL) (1^{re} inst.), dans la mesure où elle tranchait les mêmes questions constitutionnelles que celles soulevées en l'espèce. Cette requête a été accueillie : [1999] A.C.F. n° 1005 (QL).

En ce qui a trait aux autres questions en litige, la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu, le 23 juin 1999, que suffisamment d'éléments de preuve au dossier étayaient la décision discrétionnaire de la ministre portant que l'appelant constituait un danger pour la sécurité du Canada : [1999] A.C.F. n° 1020 (QL). La cour a estimé que la décision de la ministre était raisonnable et qu'elle n'était entachée d'aucune erreur justifiant sa modification.

9

10

11

12

Ahani subsequently appealed. Robertson J.A. determined that the declaratory relief being sought in the action was available in the context of the judicial review application. The Federal Court of Appeal dismissed all of the constitutional challenges. Ahani also sought judicial review of the Minister's s. 53(1)(b) opinion, but that application was also dismissed: (2000), 3 Imm. L.R. (3d) 159. Ahani now appeals to this Court.

II. Legislation

13

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

. . .

(e) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(iii) will engage in terrorism, or

(iv) are members of an organization that there are reasonable grounds to believe will

. . .

(C) engage in terrorism;

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

. . .

(ii) have engaged in terrorism, or

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

. . .

(B) terrorism,

except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

. . .

Monsieur Ahani a interjeté appel. Le juge Robertson a statué que le jugement déclaratoire demandé dans le cadre de l'action pouvait être obtenu dans le contexte de la demande de contrôle judiciaire. La Cour d'appel fédérale a rejeté toutes les prétentions constitutionnelles de l'appelant. Celui-ci a également demandé le contrôle judiciaire de l'opinion exprimée en application de l'al. 53(1)b), mais cette demande a aussi été rejetée : [2000] A.C.F. n° 53 (QL). M. Ahani se pourvoit maintenant devant notre Cour.

II. Les dispositions législatives

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

. . .

e) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

. . .

(iii) soit commettront des actes de terrorisme,

(iv) soit sont membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle :

. . .

(C) soit commettra des actes de terrorisme;

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

. . .

(ii) soit se sont livrées à des actes de terrorisme,

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

. . .

(B) soit à des actes de terrorisme,

le présent alinéa ne visant toutefois pas les personnes qui convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

. . .

(g) persons who there are reasonable grounds to believe will engage in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada or are members of or are likely to participate in the unlawful activities of an organization that is likely to engage in such acts of violence;

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada;

III. Issues

We propose to consider the issues in the following order:

1. Did the Minister err in the exercise of her discretion?
2. Are the conditions for deportation in the *Immigration Act* constitutional?
3. Are the procedures for deportation set out in the *Immigration Act* constitutionally valid?

IV. Analysis

1. *Did the Minister Err in the Exercise of her Discretion?*

We are asked to review decisions of the Minister on: (1) whether Ahani constitutes a danger to the security of Canada; and (2) whether he faces a substantial risk of torture on deportation.

For the reasons discussed in *Suresh*, the standard of review on the first decision is whether the decision is patently unreasonable in the sense that it

g) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles commettront des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité humaines au Canada, ou qu'elles appartiennent à une organisation susceptible de commettre de tels actes ou qu'elles sont susceptibles de prendre part aux activités illégales d'une telle organisation;

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas :

b) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

III. Les questions en litige

Nous nous proposons d'examiner successivement les questions suivantes :

1. La ministre a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?
2. Les conditions d'expulsion prévues par la *Loi sur l'immigration* sont-elles constitutionnelles?
3. La procédure d'expulsion établie par la *Loi sur l'immigration* est-elle valide sur le plan constitutionnel?

IV. L'analyse

1. *La ministre a-t-elle commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?*

Nous sommes appelés à réviser les décisions de la ministre quant à savoir (1) si M. Ahani constitue un danger pour la sécurité du Canada et (2) s'il s'expose à un risque sérieux de torture s'il est expulsé.

Pour les motifs exposés dans *Suresh*, la norme de contrôle applicable à la première décision consiste à déterminer si elle est manifestement déraisonnable,

14

15

16

was made arbitrarily or in bad faith, cannot be supported on the evidence, or did not take into account the appropriate factors. A reviewing court should not reweigh the factors or interfere merely because it would have come to a different conclusion. Applying the functional and pragmatic approach mandated by *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, we conclude that the Parliament intended to grant the Minister a broad discretion in issuing a s. 53(1)(b) opinion, reviewable only where the Minister makes a patently unreasonable decision.

en ce sens qu'elle a été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, qu'elle n'est pas étayée par la preuve ou que la ministre n'a pas tenu compte des facteurs pertinents. Le tribunal de révision ne doit ni soupeser à nouveau les différents facteurs ni intervenir uniquement parce qu'il serait arrivé à une autre conclusion. En appliquant l'analyse fonctionnelle et pragmatique prescrite dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, nous arrivons à la conclusion que le législateur a voulu conférer un grand pouvoir discrétionnaire au ministre quant à l'expression d'une opinion prévue à l'al. 53(1)b), et que sa décision n'est susceptible de contrôle judiciaire que si elle est manifestement déraisonnable.

17

Likewise, on the second question, we conclude that the court may intervene only if the Minister's decision is not supported on the evidence, or fails to consider the appropriate factors. The reviewing court should also recognize that the nature of the inquiry may limit the evidence required. While the issue of deportation to risk of torture engages s. 7 of the *Charter* and hence possesses a constitutional dimension, the Minister's decision is largely fact-based. The inquiry into whether Ahani faces a substantial risk of torture involves consideration of the human rights record of the home state, the personal risk faced by the claimant, any assurances that the claimant will not be tortured and their worth and, in that respect, the ability of the home state to control its own security forces, and more. Such issues are largely outside the realm of expertise of reviewing courts and possess a negligible legal dimension. Considerable deference is therefore required.

De même, en ce qui a trait à la deuxième question, nous estimons que le tribunal ne peut modifier la décision du ministre que si elle n'est pas étayée par la preuve ou ne tient pas compte des facteurs appropriés. Le tribunal doit également reconnaître que la nature de l'examen peut limiter la preuve exigée. Même si l'expulsion d'une personne vers un pays où elle risque la torture met en jeu l'art. 7 de la *Charte* et, partant, revêt un caractère constitutionnel, la décision du ministre est en grande partie fondée sur les faits. Parmi les facteurs à considérer pour déterminer si M. Ahani s'expose à un risque sérieux de torture, il faut examiner les données sur le respect des droits de la personne dans le pays d'origine, le risque personnel couru par le demandeur, les assurances obtenues selon lesquelles il ne sera pas soumis à la torture, la valeur de ces assurances et, à cet égard, la capacité du pays d'origine de contrôler ses propres forces de sécurité. Ces questions échappent en grande partie au domaine d'expertise des tribunaux de révision et comportent un aspect juridique minime. Une grande retenue s'impose donc.

18

Returning to the first question, we find that it was not patently unreasonable for the Minister to conclude that Ahani would constitute a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) of the Act. McGillis J. found that the Minister's decision with respect to whether Ahani constitutes a danger to the security of Canada was reasonable and did not warrant any intervention of the court. Robertson J.A. did not decide the standard of review, but concluded

Pour revenir à la première question, nous sommes d'avis qu'il n'était pas manifestement déraisonnable que la ministre conclue, en application de l'al. 53(1)b) de la Loi, que M. Ahani constitue un danger pour la sécurité du Canada. Madame le juge McGillis a statué que cette décision de la ministre était raisonnable et ne justifiait pas l'intervention de la cour. Le juge Robertson ne s'est pas prononcé sur la norme de contrôle, mais il a dit que, même

that even on the stringent standard of correctness, the Minister's decision should be upheld. We agree that on any standard of review there was ample support for the Minister's decision.

We are of the view that the Minister's decision is also unassailable on the second question.

Mr. Alldridge, an analyst with the Case Management Branch of the Department of Citizenship and Immigration, prepared a memorandum for both the Minister and the Acting Deputy Minister and attached the appellant's submissions together with other relevant documents for their consideration. Mr. Alldridge correctly noted that there must be substantial grounds for believing that the individual would face torture upon deportation. He notes that: (a) Ahani's risk submissions were found to be "suspect" during the s. 40.1 hearings; (b) Ahani's submissions refer to conditions in Iran which are applicable to opponents of the regime and not to persons such as the appellant; and (c) Ahani was in contact with the Iranian government after his refugee hearing. He concluded that the serious risk to Canadian security was outweighed against the minimal risk of harm to Ahani if returned to Iran.

Based on this memo and supporting information, the Minister issued her opinion on August 12, 1998 under s. 53(1)(b) of the *Immigration Act* that Ahani constitutes a danger to the security of Canada.

We conclude that the Minister applied the proper principles and took into account the relevant factors. We find no basis to interfere with her decision.

2. *Are the Conditions for Deportation in the Immigration Act Constitutional?*

We have dealt with this issue in *Suresh*, and need not repeat the analysis.

suyant la norme rigoureuse de la décision correcte, la décision de la ministre devait être confirmée. Nous convenons que, suivant n'importe quelle norme de contrôle, la décision de la ministre était suffisamment étayée.

Nous sommes d'avis que la décision de la ministre est également inattaquable quant à la deuxième question.

Un analyste de la Direction générale du règlement des cas du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, M. Alldridge, a préparé une note de service à l'intention de la ministre et du sous-ministre par intérim en y joignant les observations de l'appelant de même que d'autres documents pertinents pour qu'ils les examinent. M. Alldridge a signalé à juste titre qu'il devait y avoir des motifs sérieux de croire que l'intéressé risquait d'être torturé s'il était expulsé. Il a relevé que a) les arguments de M. Ahani au sujet du risque ont été jugés « douteux » au cours des audiences tenues relativement à l'attestation visée à l'art. 40.1, b) les arguments de M. Ahani portent sur la situation générale en Iran concernant les personnes qui s'opposent au régime, mais non les personnes comme l'appelant et c) M. Ahani est demeuré en contact avec le gouvernement iranien après l'audition de sa revendication du statut de réfugié. Il a conclu que le risque sérieux pour la sécurité du Canada l'emportait sur le risque minime auquel serait exposé l'appelant s'il était renvoyé en Iran.

Sur la foi de cette note de service et des renseignements à l'appui, la ministre a exprimé, le 12 août 1998, l'opinion que M. Ahani constitue un danger pour la sécurité du Canada au sens de l'al. 53(1)(b) de la *Loi sur l'immigration*.

Nous estimons donc que la ministre a appliqué les bons principes et a tenu compte des facteurs pertinents. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa décision.

2. *Les conditions d'expulsion prévues par la Loi sur l'immigration sont-elles constitutionnelles?*

Nous avons examiné cette question dans *Suresh* et il est inutile d'en reprendre l'analyse.

19

20

21

22

23

3. Was Ahani Fairly Dealt With?

24

In *Suresh*, we found that in circumstances where a Convention refugee makes out a *prima facie* case that there may be a substantial risk of torture upon deportation, the duty of fairness requires greater procedural protection than required by the Act under s. 53(1)(b). In cases of that kind, a person facing a declaration under s. 53(1)(b) and, accordingly, deportation to a country in which he or she may face torture, must be provided with all relevant information and advice produced for the Minister's consideration by the Department of Citizenship and Immigration and other sources, with an opportunity to address that evidence in writing and with written reasons.

25

Ahani was made aware of the allegations against him and was provided with the opportunity to make written submissions. Specifically, by letter dated April 22, 1998, he was informed of the intention of the Minister to issue an opinion under s. 53(1)(b) and that the effect of that opinion would be the removal of the prohibition against returning persons, who have been found to be Convention refugees, to the country from which they fled. In the April 22, 1998 letter, Ahani was also informed that the Minister would assess the risk that the appellant represented to the security of Canada and the possible risk to which the appellant would be exposed if returned to Iran. Ahani was then given 15 days to make written submissions, which he did. On July 31, 1998, an analyst with the Case Management Branch of the Department of Citizenship and Immigration prepared a memorandum for both the Acting Deputy Minister and the Minister's consideration and attached the appellant's submissions together with other relevant documents. In that memorandum, the analyst set out Ahani's various legal arguments and dealt with them in light of the jurisprudence. That memorandum was accompanied by an opinion letter from the Minister's legal services unit. This process culminated in the opinion issued by the Minister, under s. 53(1)(b), that Ahani constitutes a danger to the security of

3. Monsieur Ahani a-t-il été traité de manière équitable?

Dans *Suresh*, nous avons conclu que, lorsqu'un réfugié au sens de la Convention établit *prima facie* qu'il courrait un risque sérieux d'être torturé s'il était expulsé, l'obligation d'équité exige de plus grandes garanties procédurales que celles prévues à l'al. 53(1)(b) de la Loi. En pareil cas, la personne susceptible de faire l'objet de l'opinion prévue par l'al. 53(1)(b) et, par conséquent, d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture, doit se voir communiquer toute l'information pertinente et tous les avis soumis à l'examen de la ministre par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, de même que les renseignements et avis provenant d'autres sources, elle doit avoir l'occasion de répondre à cette preuve par écrit et elle doit obtenir des motifs écrits.

Monsieur Ahani a été informé des allégations pesant contre lui et s'est vu accorder la possibilité de formuler des observations écrites. Ainsi, dans une lettre datée du 22 avril 1998, il a été informé que la ministre avait l'intention d'exprimer une opinion en application de l'al. 53(1)(b) et que l'opinion ainsi exprimée aurait pour effet de lever l'interdiction empêchant le renvoi d'un réfugié au sens de la Convention dans le pays qu'il a fui. Dans cette lettre en date du 22 avril 1998, la ministre a également informé M. Ahani qu'elle évaluerait le risque qu'il représentait pour la sécurité du Canada et le risque éventuel auquel il serait exposé s'il était renvoyé en Iran. Monsieur Ahani a présenté des observations écrites dans le délai de 15 jours qui lui avait été accordé pour ce faire. Le 31 juillet 1998, un analyste de la Direction générale du règlement des cas du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a soumis à l'examen du sous-ministre par intérim et de la ministre une note de service à laquelle il a joint les observations formulées par l'appelant ainsi que d'autres documents pertinents. L'analyste y reprenait les différents arguments juridiques invoqués par M. Ahani et les analysait à la lumière de la jurisprudence. La note de service était accompagnée d'un avis des services juridiques ministériels. La ministre s'est ensuite prévaluée de l'al. 53(1)(b) et a exprimé l'opinion que M. Ahani constituait un

Canada and that he faced only a minimal risk of harm upon deportation.

We are satisfied that Ahani was fully informed of the Minister's case against him and given a full opportunity to respond. Insofar as the procedures followed may not have precisely complied with those we suggest in *Suresh*, we are satisfied that this did not prejudice him. We conclude that the process accorded to Ahani was consistent with the principles of fundamental justice, and would reject this ground of appeal.

V. Conclusion

The appeal is dismissed. The respondents are entitled to costs.

The constitutional questions are answered as in *Suresh*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondents: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

danger pour la sécurité du Canada et ne s'exposait qu'à un risque minime en cas d'expulsion.

Nous sommes convaincus que M. Ahani a été pleinement informé de la preuve dont disposait la ministre contre lui et qu'il a eu la possibilité réelle d'y répondre. Dans la mesure où la procédure suivie n'était peut-être pas parfaitement conforme à celle préconisée dans *Suresh*, nous estimons que cette divergence n'a pas causé de préjudice à l'appelant. Nous concluons que le traitement dont a bénéficié M. Ahani était compatible avec les principes de justice fondamentale et nous rejetons ce motif de pourvoi.

V. Conclusion

Le pourvoi est rejeté. Les intimées ont droit aux dépens.

Nous répondons aux questions constitutionnelles de la même manière que dans *Suresh*.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Procureur des intimées : Le Sous-procureur général du Canada, Toronto.

26

27

28

Huor Chieu *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Canadian Council of Churches and Immigration and Refugee Board *Interveners*

INDEXED AS: CHIEU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2002 SCC 3.

File No.: 27107.

2000: October 10; 2002: January 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division's decisions on appeals by permanent residents from removal order.

Immigration — Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase "having regard to all the circumstances of the case" in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

The appellant was born in Cambodia in 1966, but was taken by his family to Vietnam in 1975 in order to escape the Cambodian civil war. He married a Vietnamese citizen in 1988, and their son was born that same year. In 1991, the appellant's sister sponsored the family, includ-

Huor Chieu *Appellant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Conseil canadien des églises et Commission de l'immigration et du statut de réfugié *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHIEU c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

Référence neutre : 2002 CSC 3.

N^o du greffe : 27107.

2000 : 10 octobre; 2002 : 11 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la section d'appel de l'immigration sur l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi.

Immigration — Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 70(1)(b) de la Loi sur l'immigration — La section d'appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'art. 70(1)(b) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)(b).

L'appelant, né au Cambodge en 1966, part au Vietnam avec sa famille en 1975 pour échapper à la guerre civile cambodgienne. Il épouse une citoyenne vietnamienne en 1988, et ils ont un fils la même année. En 1991, la sœur de l'appelant parraine la famille, dont l'appelant,

ing the appellant, to come to Canada. On his application for permanent residence in Canada, the appellant misrepresented his marital status, stating he was single with no dependants, in order to be eligible to be sponsored as an accompanying dependant of his father. The appellant landed in Canada in 1993 with his parents and brothers, and became a permanent resident. He subsequently applied to sponsor his wife and child to come to Canada. The immigration officer reported that the appellant had become a permanent resident by reason of a misrepresentation of material fact contrary to s. 27(1)(e) of the *Immigration Act* and, after an inquiry, an adjudicator ordered the appellant's removal pursuant to s. 32(2) of the Act. His appeal to the Immigration Appeal Division ("I.A.D.") of Canada's Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of the Act was dismissed, and that decision was upheld by the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal. Both courts held that the I.A.D. was correct in refusing to consider potential foreign hardship when reviewing the removal order.

Held: The appeal should be allowed.

The standard of review applicable to the I.A.D.'s decision is correctness. First, the appeal involves a serious question of general importance certified pursuant to s. 83(1) of the Act, generally of precedential value. Second, the issue is one of jurisdiction, an area of law where little deference is shown by the courts, as administrative bodies must generally be correct in determining the scope of their delegated mandate. Third, the I.A.D. is not protected by a strong privative clause. Lastly, appeals under s. 70(1)(b) do not require the I.A.D. to engage in a polycentric balancing of competing interests, but rather to adjudicate the rights of individuals *vis-à-vis* the state.

This case turns on the interpretation given to the phrase "having regard to all the circumstances of the case" in s. 70(1)(b) of the *Immigration Act*. The modern approach to statutory interpretation leads to the conclusion that the I.A.D. is entitled to consider potential foreign hardship under s. 70(1)(b) when deciding to quash or stay a removal order made against a permanent resident, provided that a likely country of removal has been established. This is a case where the ordinary reading of the statute is in harmony with legislative intent and with the scheme and object of the Act.

An ordinary and grammatical sense of the phrase "all the circumstances of the case" favours a broad interpretation of s. 70(1)(b). The words do not provide detailed

en vue de son admission au Canada. Dans sa demande de résidence permanente au Canada, l'appelant fait une fausse déclaration quant à son état civil, disant qu'il est célibataire sans enfant à charge, afin de pouvoir être parrainé à titre d'enfant à charge accompagnant son père. L'appelant obtient le droit d'établissement au Canada en 1993 avec ses parents et ses frères, et devient résident permanent. Par la suite, il fait une demande de parrainage de sa femme et de son enfant. L'agent d'immigration fait un rapport en vertu de l'al. 27(1)e) de la *Loi sur l'immigration* indiquant que l'appelant est devenu résident permanent par suite d'une fausse indication sur un fait important et, après enquête, un arbitre ordonne le renvoi de l'appelant en vertu du par. 32(2) de la Loi. Son appel à la section d'appel de l'immigration (« S.A.I. ») de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada en vertu de l'al. 70(1)b) de la Loi est rejeté, et cette décision est confirmée par la Section de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, qui concluent l'une et l'autre que la S.A.I. a eu raison de refuser de considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'examen de la mesure de renvoi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La norme applicable au contrôle de la décision de la S.A.I. est celle de la décision correcte. Premièrement, le pourvoi vise une question grave de portée générale certifiée en vertu du par. 83(1) de la Loi qui a généralement valeur de précédent. Deuxièmement, il s'agit d'une question de compétence, un domaine du droit où les tribunaux judiciaires montrent peu de déférence car, en règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué. Troisièmement, la S.A.I. n'est pas protégée par une clause privative rigoureuse. Enfin, les appels en vertu de l'al. 70(1)b) n'exigent pas de la S.A.I. la pondération polycentrique d'intérêts opposés, mais la résolution d'un litige concernant les droits d'individus face à l'État.

L'issue du pourvoi dépend de l'interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'al. 70(1)b) de la *Loi sur l'immigration*. La méthode moderne d'interprétation des lois mène à la conclusion que la S.A.I. est autorisée à tenir compte des difficultés possibles à l'étranger en vertu de l'al. 70(1)b) pour déterminer s'il y a lieu d'annuler ou de suspendre une mesure de renvoi contre un résident permanent, pourvu que le pays de destination probable soit établi. Il s'agit d'un cas où l'interprétation ordinaire de la loi concorde avec l'intention du législateur et avec l'économie et l'objet de la Loi.

Le sens ordinaire et grammatical des termes « aux circonstances particulières de l'espèce » (« *all the circumstances of the case* » dans la version anglaise) milite

guidelines as to how this discretionary jurisdiction is to be exercised, but instead leave the scope of the discretion open-ended. The use of the word “all” in that context suggests that the greatest possible number of factors relevant to the removal of a permanent resident from Canada should be considered. It is evident that one such factor is the conditions an individual would face upon removal. The word “all” also suggests that realistic possibilities are just as relevant as certainties in making this discretionary decision. This indicates that the I.A.D. should be able to consider conditions in the likely country of removal, even when the ultimate country of removal is not known with absolute certainty at the time the s. 70(1)(b) appeal is heard.

Moreover, the legislative history of the section indicates that this Court has long approved of a broad approach to s. 70(1)(b). The I.A.D. itself has long considered foreign hardship to be an appropriate factor to take into account when dealing with appeals brought under this section. The scheme of the Act favours allowing the I.A.D., a specialized tribunal with ample procedural protections, to take foreign hardship factors into account under s. 70(1)(b) whenever a likely country of removal has been established. A harmonious reading of the Act reveals that all relevant considerations should be considered by the I.A.D. whenever possible. It is only when it is not possible for the I.A.D. to consider potential foreign hardship that other provisions of the Act need be resorted to. These alternative provisions are not as robust as a hearing before the I.A.D. The judicial review of a s. 52 ministerial decision as to the country of removal provides only narrow grounds for review, and an application to the Minister for an exemption from regulations under s. 114(2) is essentially a plea to the executive branch for special consideration which is not explicitly envisioned by the Act. Furthermore, the Act does not provide an automatic stay of the removal order when either of these alternative routes is pursued, as it does for appeals before the I.A.D.

At the hearing of a s. 70(1)(b) appeal, the onus is on the permanent resident facing removal to establish the likely country of removal on a balance of probabilities. The Minister may make submissions regarding this issue if he disagrees with an individual's submissions on the likely country of removal. Generally, this will only occur when the intended country of removal is other than the individual's country of nationality or citizenship. To allow the I.A.D. to take potential foreign hardship into account does not interfere with the Minister's jurisdiction to decide the country of removal under s. 52, because the

en faveur d'une interprétation large de l'al. 70(1)(b). Ces mots ne fournissent pas de lignes directrices précises sur la manière d'exercer ce pouvoir discrétionnaire et n'assignent pas de limite à sa portée. Le mot « *all* » veut dire qu'il faut examiner le plus grand nombre possible de facteurs intervenant dans la décision de renvoyer un résident permanent du Canada. Il est évident que l'un de ces facteurs est la situation dans laquelle il se trouverait après son renvoi. Le mot « *all* » indique aussi que les possibilités réalistes sont tout aussi pertinentes que les certitudes dans cette décision discrétionnaire. Cela indique que la S.A.I. devrait pouvoir tenir compte de la situation du pays de destination probable même si, au moment de l'audition de l'appel interjeté en vertu de l'al. 70(1)(b), on ne sait pas avec une certitude absolue quel sera finalement le pays de destination.

De plus, l'historique législatif de la disposition montre que notre Cour approuve depuis longtemps l'interprétation large de l'al. 70(1)(b). La S.A.I. a elle-même longtemps considéré que les difficultés à l'étranger sont un facteur à considérer dans les appels interjetés en vertu de cet alinéa. L'économie de la Loi milite en faveur d'autoriser la S.A.I., un tribunal spécialisé muni d'importantes protections procédurales, à tenir compte des facteurs relatifs aux difficultés à l'étranger dans l'application de l'al. 70(1)(b) lorsqu'un pays de destination probable a été établi. L'interprétation cohérente de la Loi indique que la S.A.I. devrait examiner toutes les considérations pertinentes chaque fois que cela est possible. C'est seulement lorsque la S.A.I. ne peut pas examiner les difficultés possibles à l'étranger qu'il y a lieu de recourir à d'autres dispositions de la Loi. Ces autres dispositions ne sont pas aussi fortes qu'une audience devant la S.A.I. Le contrôle judiciaire de la décision concernant le pays de destination prise en vertu de l'art. 52 ne comporte que des motifs de révision limités et la demande faite au ministre en vertu du par. 114(2) est essentiellement un plaidoyer auprès de l'exécutif en vue d'obtenir un traitement spécial qui n'est même pas explicitement envisagé par la Loi. En outre, la Loi ne prévoit aucun sursis automatique de la mesure de renvoi lorsque ces recours sont exercés comme elle le fait pour les appels interjetés auprès de la S.A.I.

À l'audition de l'appel en vertu de l'al. 70(1)(b), il incombe au résident permanent frappé de renvoi d'établir, selon la prépondérance des probabilités, le pays de destination probable. Le ministre peut présenter des observations dans les cas de désaccord avec les arguments d'un individu sur le pays de destination probable. Ceci n'est le cas normalement que lorsque ce pays est autre que le pays dont l'intéressé est le ressortissant. Permettre à la S.A.I. de tenir compte des difficultés à l'étranger n'empiète pas sur le pouvoir du ministre en vertu de l'art. 52 de choisir le pays de destination parce que ce pouvoir

discretion can be exercised at any time. The Minister's jurisdiction to decide the country of removal becomes inoperative when a removal order is quashed or stayed as there is no longer anyone to remove.

Finally, the object of the Act and the intention of Parliament also support a broad reading of s. 70(1)(b). The open-ended wording of the section indicates that Parliament intended the I.A.D. to have broad discretion to allow permanent residents facing removal to remain in Canada if it would be equitable to do so. The object of s. 70(1)(b) is to give the I.A.D. the discretion to determine whether a permanent resident should be removed from Canada. It would be inconsistent with these objectives for a court to narrow the I.A.D.'s discretionary jurisdiction under s. 70(1)(b), and thereby leave foreign hardship concerns to be considered only by the Minister under s. 52 or s. 114(2). The I.A.D. is equipped with all of the tools to ensure that principles of natural justice and the *Charter* are met, while the same is not necessarily true of s. 52 decisions or s. 114(2) applications. When faced with the problem of a statute which can be read in two ways, one that accords with the principles of natural justice and one that does not, an interpretation that favours a fuller assurance that the requirements of natural justice will be met should be adopted.

The factors set out in *Ribic* remain the proper ones for the I.A.D. to consider during an appeal under s. 70(1)(b). The I.A.D. is thus obliged to consider every relevant circumstance, including potential foreign hardship under s. 70(1)(b) when the likely country of removal has been established by an individual facing removal. Neither *Markl* nor *Hoang* establishes a blanket prohibition against the I.A.D. considering potential foreign hardship. This consideration will not lengthen hearings before the I.A.D., as it is designed and equipped to consider this factor. The I.A.D. does not create an alternative refugee system by considering potential foreign hardship and allowing permanent residents to remain in Canada, because the discretion given to the I.A.D. and the factors it considers are quite different from those considered by the Convention Refugee Determination Division in determining whether a person is a Convention refugee. There is no need for absolute consistency in how the Act deals with Convention refugees and non-refugee permanent residents.

In the present case, a likely country of removal had not been established before the I.A.D. and, as a result, the matter must be returned to the I.A.D. for a rehearing. If a likely country of removal is established by the appellant, the I.A.D. may consider, pursuant to s. 70(1)(b), potential foreign hardship he will face upon return to that country.

discretionnaire peut être exercé à tout moment. Le pouvoir du ministre de choisir le pays de destination devient inopérant lorsque la mesure de renvoi est annulée ou suspendue car il n'y a plus personne à renvoyer.

Enfin, l'objet de la Loi et l'intention du législateur appuient aussi une interprétation large de l'al. 70(1)b). Sa formulation non limitative indique que le législateur voulait que la S.A.I. ait un vaste pouvoir discrétionnaire d'autoriser des résidents permanents faisant face au renvoi de demeurer au Canada s'il était équitable de le faire. L'objet de l'al. 70(1)b) est de donner à la S.A.I. le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un résident permanent doit être renvoyé du Canada. Il serait incompatible avec ces objectifs pour un tribunal judiciaire de restreindre le pouvoir discrétionnaire conféré à la S.A.I. par l'al. 70(1)b) et de laisser l'examen des difficultés à l'étranger au ministre seulement, dans le cadre de l'art. 52 ou du par. 114(2). La S.A.I. est dotée de tous les outils voulus pour respecter les exigences de la justice naturelle et de la *Charte*, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour les décisions en vertu de l'art. 52 et du par. 114(2). Face à une loi pouvant s'interpréter de deux façons possibles, l'une conforme aux principes de la justice naturelle et l'autre non, il faut retenir l'interprétation qui assure mieux le respect des exigences de la justice naturelle.

Les facteurs énoncés dans *Ribic* demeurent les facteurs à considérer par la S.A.I. dans un appel en vertu de l'al. 70(1)b). La S.A.I. doit donc examiner toutes les circonstances y compris les difficultés possibles à l'étranger en vertu de cet alinéa lorsque le pays de destination probable a été établi par la personne frappée de renvoi. Ni *Markl* ni *Hoang* n'établissent une interdiction générale à la S.A.I. d'examiner les difficultés possibles à l'étranger. Cet examen ne prolongera pas les audiences devant la S.A.I. qui est conçue et équipée pour le faire. La S.A.I. ne crée pas un système parallèle de détermination du statut de réfugié lorsqu'elle permet à des résidents permanents de demeurer au Canada en raison de craintes relatives aux difficultés à l'étranger parce que son vaste pouvoir discrétionnaire et les facteurs soupesés par la S.A.I. sont très différents de ceux que la Section du statut de réfugié examine pour déterminer si un individu est un réfugié au sens de la Convention. Il n'est pas nécessaire d'avoir une uniformité absolue dans la manière dont la Loi traite les réfugiés au sens de la Convention et les résidents permanents non réfugiés.

En l'espèce le pays de destination probable n'a pas été établi devant la S.A.I. et l'affaire doit donc lui être renvoyée pour nouvelle audition. Si l'appellant établit le pays de destination probable, la S.A.I. peut examiner les difficultés auxquelles l'appellant pourrait faire face dans ce pays, en vertu de l'al. 70(1)b).

Cases Cited

Applied: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Krishnapillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] I.A.D.D. No. 636 (QL); **approved:** *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; **overruled:** *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, aff'g [1987] I.A.B.D. No. 6 (QL); *El Tassi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. No. 993 (QL); **distinguished:** *Markl v. Minister of Employment and Immigration*, Imm. App. Bd., No. V81-6127, May 27, 1985; **referred to:** *Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 133, 2002 SCC 4, rev'g [1998] 1 F.C. 501; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *Moore v. Minister of Employment and Immigration*, Imm. App. Bd., No. 78-3016, December 6, 1978; *Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 468; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] I.A.D.D. No. 22 (QL); *Suresh v. Canada*

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Krishnapillai c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] I.A.D.D. n° 636 (QL); **arrêts approuvés :** *Ribic c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. n° 4 (QL); *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; **arrêts rejetés :** *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (QL), conf. [1987] I.A.B.D. n° 6 (QL); *El Tassi c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. n° 993 (QL); **distinction avec l'arrêt :** *Markl c. Minister of Employment and Immigration*, C.A.I., n° V81-6127, 27 mai 1985; **arrêts mentionnés :** *Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 133, 2002 CSC 4, inf. [1998] 1 C.F. 501; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *Moore c. Minister of Employment and Immigration*, C.A.I., n° 78-3016, 6 décembre 1978; *Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 468; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et*

(*Minister of Citizenship and Immigration*), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6(2), 7, 12.
Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Art. 33.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [am. 1992, c. 49], ss. 6(2), 24(1)(b), 27(1)(d), (e), 32(2), 44(1), 48, 49, 52 [am. c. 30 (3rd Suppl.), s. 7], 53, 69.2, 69.4, 70(1) [am. c. 28 (4th Suppl.), s. 18; am. 1995, c. 15, s. 13], (3)(b), (5), 71, 73(1), 74, 81, 82, 82.1, 83(1), 114(2).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 72.
Immigration Appeal Board Act, S.C. 1966-67, c. 90, ss. 11, 15, 21.
Protocol relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267.

Authors Cited

Canada. Citizenship and Immigration Canada. *Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation*. Ottawa: Citizenship and Immigration Canada, 1998.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd sess., 30th Parl., vol. VIII, July 22, 1977, p. 7928.
 Canada. Immigration and Refugee Board of Canada, Legal Services. *Removal Order Appeals*, July 31, 1999.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "all".
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 1992 (service issues 1993-2000).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 1 F.C. 605, 169 D.L.R. (4th) 173, 234 N.R. 112, 46 Imm. L.R. (2d) 163, [1998] F.C.J. No. 1776 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1996), 125 F.T.R. 76, [1996] F.C.J. No. 1680 (QL), affirming a decision the Immigration and Refugee Board (Appeal Division), [1995]

de l'Immigration, [1989] D.S.A.I. n° 22 (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6(2), 7, 12.
Convention relative au statut des réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 33.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 [mod. 1992, ch. 49], art. 6(2), 24(1)b), 27(1)d), e), 32(2), 44(1), 48, 49, 52 [mod. ch. 30 (3^e suppl.), art. 7], 53, 69.2, 69.4, 70(1) [mod. ch. 28 (4^e suppl.), art. 18; mod. 1995, ch. 15, art. 13], (3)b), (5), 71, 73(1), 74, 81, 82, 82.1, 83(1), 114(2).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 72.
Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.C. 1966-67, ch. 90, art. 11, 15, 21.
Protocole relatif au Statut des Réfugiés, 606 R.T.N.U. 267.

Doctrine citée

Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. *De solides assises pour le 21^e siècle : Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*. Ottawa : Citoyenneté et Immigration Canada, 1998.
 Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Services juridiques. *Appels relatifs à une mesure de renvoi*, 31 juillet 1999.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 30^e lég., vol. VIII, 22 juillet 1977, p. 7928.
Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford : Clarendon Press, 1990, « all ».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.
 Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy*. Toronto : University of Toronto Press, 1998.
 Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, loose-leaf ed. Toronto : Butterworths, 1992 (service issues 1993-2000).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 1 C.F. 605, 169 D.L.R. (4th) 173, 234 N.R. 112, 46 Imm. L.R. (2d) 163, [1998] A.C.F. n° 1776 (QL), qui confirmait une décision de la Section de première instance (1996), 125 F.T.R. 76, [1996] A.C.F. n° 1680 (QL), confirmant une décision de la Commission de l'immigration et du

I.A.D.D. No. 1055 (QL), dismissing the appellant's appeal from a removal order. Appeal allowed.

David Matas, for the appellant.

Judith Bowers, Q.C., for the respondent.

Lorne Waldman and Carol Simone Dahan, for the interveners the Canadian Council of Churches.

Brian A. Crane, Q.C., and *Krista Daley*, for the interveners the Immigration and Refugee Board.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

1 The fundamental question in this appeal is whether the factor of potential foreign hardship can be considered in deciding whether to uphold an order to remove an individual from Canada. More specifically, this appeal concerns the interpretation of the phrase "having regard to all the circumstances of the case", as employed in s. 70(1)(b) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (the "Act"). These words define, in part, what has come to be called the "discretionary" or "equitable" jurisdiction of the Immigration Appeal Division ("I.A.D.") of Canada's Immigration and Refugee Board ("I.R.B.").

2 The question is whether this jurisdiction allows the I.A.D. to consider the potential foreign hardship a permanent resident would face if removed from Canada, or whether only domestic factors can be taken into account. The appellant, Huor Chieu, argues for the former interpretation, on the grounds that a decision regarding whether an individual is to be removed must be informed by where he or she will be removed to. The respondent Minister of Citizenship and Immigration supports the latter interpretation, arguing that where an individual will be removed to is not decided until after the I.A.D. upholds his or her removal, and it is therefore

statut de réfugié (Section d'appel), [1995] I.A.D.D. n° 1055 (QL), rejetant l'appel de l'appelant contre une ordonnance de renvoi. Pourvoi accueilli.

David Matas, pour l'appelant.

Judith Bowers, c.r., pour l'intimé.

Lorne Waldman et Carol Simone Dahan, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Brian A. Crane, c.r., et *Krista Daley*, pour l'intervenante la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

La question fondamentale en l'espèce est de savoir si on peut tenir compte du facteur des difficultés possibles à l'étranger pour déterminer s'il faut confirmer une mesure de renvoi du Canada. Il s'agit plus particulièrement de l'interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'al. 70(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (la « Loi »). Ces mots définissent en partie ce qu'on en est venu à qualifier de compétence « discrétionnaire » ou en « equity » de la Section d'appel de l'immigration (« S.A.I. ») de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (« C.I.S.R. »).

La question est de savoir si cette compétence permet à la S.A.I. d'examiner les difficultés auxquelles un résident permanent pourrait faire face à l'étranger s'il était renvoyé du Canada ou si seuls les facteurs intérieurs peuvent être pris en considération. L'appelant Huor Chieu plaide la première interprétation, soutenant qu'une décision de renvoyer ou non un individu doit dépendre de l'endroit où il sera renvoyé. L'intimé, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration favorise la deuxième interprétation, soutenant que l'endroit où un individu est renvoyé n'est décidé qu'après que la S.A.I. confirme le renvoi, de sorte qu'il est prématuré pour la S.A.I.

premature for the I.A.D. to consider foreign factors in deciding whether to quash or stay a removal order. The Minister's position was adopted in the courts below.

Ahmad Abdulaal Al Sagban, in the companion case of *Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 133, 2002 SCC 4, reasons which are also being released on this date, makes arguments similar to the appellant's regarding the proper interpretation of s. 70(1)(b). *Chieu* and *Al Sagban* were heard together before this Court. Some of the facts and lower decisions in *Al Sagban* will be referred to in the course of these reasons.

I conclude that the appellant's arguments should prevail and that the I.A.D. can consider foreign hardship in deciding whether to quash or stay a removal order under s. 70(1)(b).

II. Relevant Statutory Provisions

There are three statutory provisions which are at the heart of this appeal — ss. 70(1), 52 and 114(2) of the Act, which are set out below. Many other provisions are relevant to the particular facts of this case and to the overall scheme of the Act. They will be cited as they become relevant throughout the course of these reasons. Section 70(1) establishes the I.A.D.'s jurisdiction with respect to appeals by permanent residents from removal orders entered against them (although not law, I have included the marginal notes to the relevant provisions of the Act throughout these reasons as an explanatory aid):

70. (1) [Appeals by permanent residents and persons in possession of returning resident permits] Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

de tenir compte de facteurs à l'étranger pour décider d'annuler ou de suspendre ou non une mesure de renvoi. Le ministre a eu gain de cause devant les juridictions inférieures.

Dans l'affaire connexe *Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 133, 2002 CSC 4 (jugement rendu simultanément), Ahmad Abdulaal Al Sagban présente des arguments semblables à ceux de l'appelant sur la façon d'interpréter l'al. 70(1)(b). Les affaires *Chieu* et *Al Sagban* ont été entendues conjointement devant notre Cour. Les présents motifs renvoient à des faits et procédures de l'affaire *Al Sagban*.

Je conclus qu'il faut faire droit aux arguments de l'appelant et que la S.A.I. peut examiner les difficultés possibles à l'étranger pour décider s'il y a lieu d'annuler ou de suspendre une mesure de renvoi en vertu de l'al. 70(1)(b).

II. Les dispositions législatives

Trois dispositions législatives sont au cœur du pourvoi — le par. 70(1), l'art. 52 et le par. 114(2) de la Loi, reproduits ci-après. Plusieurs autres dispositions sont pertinentes pour les faits particuliers de l'espèce et l'économie générale de la Loi. Elles sont citées dans les motifs là où elles sont pertinentes. Le paragraphe 70(1) établit la compétence de la S.A.I. relativement aux appels interjetés par les résidents permanents contre les mesures de renvoi (bien que les notes marginales ne fassent pas partie du texte de la Loi, je les inclus pour faciliter la compréhension) :

70. (1) [Appel des résidents permanents et des titulaires de permis de retour] Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants :

a) question de droit, de fait ou mixte;

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

6

Section 52 is the provision under which the country of removal is determined:

52. (1) [Voluntary departure] Unless otherwise directed by the Minister, a person against whom an exclusion order or a deportation order is made may be allowed to leave Canada voluntarily and to select the country for which that person wishes to depart.

(2) [Place to which removed] Where a person is not allowed to leave Canada voluntarily and to select the country for which he wishes to depart pursuant to subsection (1), that person shall, subject to subsection (3), be removed from Canada to

- (a) the country from which that person came to Canada;
- (b) the country in which that person last permanently resided before he came to Canada;
- (c) the country of which that person is a national or citizen; or
- (d) the country of that person's birth.

(3) [Idem] Where a person is to be removed from Canada and no country referred to in subsection (2) is willing to receive him, the person, with the approval of the Minister, or the Minister, may select any other country that is willing to receive that person within a reasonable time as the country to which that person shall be removed.

(4) [Idem] Notwithstanding subsections (1) and (2), where a removal order is made against a person described in paragraph 19(1)(j), the person shall be removed from Canada to a country selected by the Minister that is willing to receive the person.

7

Section 114(2) confers a discretionary decision-making power on the Minister:

114. . . .

(2) [Exemption from regulations] The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

L'article 52 régit la détermination du pays de destination :

52. (1) [Départ avant exécution forcée] Sauf instruction contraire du ministre, quiconque est frappé d'une mesure d'exclusion ou d'une mesure d'expulsion peut être autorisé à quitter le Canada avant l'exécution forcée de celle-ci et à choisir son pays de destination.

(2) [Pays de destination] Dans tous les autres cas, l'individu est, sous réserve du paragraphe (3), renvoyé :

- a) soit dans le pays d'où il est arrivé;
- b) soit dans le pays où il avait sa résidence permanente avant de venir au Canada;
- c) soit dans le pays dont il est le ressortissant;
- d) soit dans son pays natal.

(3) [Idem] Si aucun de ces pays ne veut le recevoir, l'individu peut, avec l'agrément du ministre, choisir comme pays de destination tout autre pays disposé à le recevoir dans un délai raisonnable. Ce choix appartient également au ministre.

(4) [Idem] Par dérogation aux paragraphes (1) et (2), l'individu faisant l'objet d'une mesure de renvoi et appartenant à la catégorie non admissible visée à l'alinéa 19(1)(j) est renvoyé dans un pays choisi par le ministre et disposé à le recevoir.

Le paragraphe 114(2) confère un pouvoir discrétionnaire au ministre :

114. . . .

(2) [Règlements] Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

III. Facts

The appellant was born in Cambodia on December 2, 1966. In 1975, he and his family fled to Vietnam in order to escape the Cambodian civil war. The Chieu family resided in Vietnam under a series of temporary resident permits until 1993. On February 12, 1988, the appellant married a Vietnamese citizen. They had a son on November 20, 1988.

In 1989, the appellant's sister came to Canada, sponsored by her Canadian fiancé. In 1991, she in turn sponsored her family, including the appellant, to come to Canada. The appellant submitted his Application for Permanent Residence in Canada at the Canadian Embassy in Bangkok, Thailand, on March 17, 1992. In the application, he misrepresented his status, stating that he was single with no dependents. He did this in order to be eligible to be sponsored as an accompanying dependent of his father as a member of the family class. A previous application, in which he had correctly stated his marital status, had been refused. The misrepresentation was not discovered at the time, and the appellant was landed in Canada on October 21, 1993, along with his parents and brothers. He became a permanent resident of Canada at that time.

On March 29, 1994, the appellant attended at the Canada Immigration offices in Winnipeg and made an application to sponsor his wife and child to come to Canada. As a result of this disclosure, an immigration officer reported that the appellant had become a permanent resident of Canada by reason of the misrepresentation of a material fact contrary to s. 27(1)(e) of the Act, which reads:

27. (1) [Reports on permanent residents] An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

III. Les faits

L'appelant est né au Cambodge le 2 décembre 1966. En 1975, lui et sa famille fuient au Vietnam pour échapper à la guerre civile cambodgienne. La famille Chieu réside au Vietnam en vertu d'une série de permis de résident temporaire jusqu'en 1993. Le 12 février 1988, l'appelant épouse une citoyenne vietnamienne. Ils ont un fils le 20 novembre 1988.

En 1989, la sœur de l'appelant vient au Canada, parrainée par son fiancé canadien. En 1991, elle parraine à son tour sa famille, dont l'appelant, en vue de son admission au Canada. L'appelant fait une demande de résidence permanente au Canada auprès de l'ambassade canadienne à Bangkok (Thaïlande), le 17 mars 1992. Dans la demande, il fait une fausse déclaration quant à son état civil, disant qu'il est célibataire sans enfant à charge. Il fait cela afin de pouvoir être parrainé à titre d'enfant à charge accompagnant son père, comme personne appartenant à la catégorie de la famille. Une demande antérieure, dans laquelle il avait correctement indiqué son état matrimonial, avait été refusée. La fausse déclaration n'est pas découverte à l'époque et l'appelant obtient le droit d'établissement au Canada le 21 octobre 1993, ainsi que ses parents et ses frères. Il devient alors résident permanent au Canada.

Le 29 mars 1994, l'appelant se rend aux bureaux d'Immigration Canada à Winnipeg et fait une demande de parrainage de son épouse et de son enfant en vue de leur admission au Canada. En raison de cette divulgation, un agent d'immigration fait un rapport défavorable indiquant que l'appelant est devenu résident permanent du Canada en raison d'une fausse indication sur un fait important, en application de l'al. 27(1)e) de la Loi :

27. (1) [Rapports défavorables : résidents permanents] L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas :

8

9

10

(e) was granted landing by reason of possession of a false or improperly obtained passport, visa or other document pertaining to his admission or by reason of any fraudulent or improper means or misrepresentation of any material fact, whether exercised or made by himself or by any other person

An inquiry was directed to be held by the Director of Immigration for the Prairie Northwest Territories Region.

e) a obtenu le droit d'établissement soit sur la foi d'un passeport, visa — ou autre document relatif à son admission — faux ou obtenu irrégulièrement, soit par des moyens frauduleux ou irréguliers ou encore par suite d'une fausse indication sur un fait important, même si ces moyens ou déclarations sont le fait d'un tiers;

Le directeur de l'immigration pour la région des Prairies et des Territoires du Nord-Ouest ordonne une enquête.

11

At the inquiry of June 29, 1994, the appellant conceded that he had made a material misrepresentation on his application for permanent resident status. He further stated that he would not be making a refugee claim. The adjudicator ordered his removal pursuant to s. 32(2) of the Act, on the basis that the appellant was a person described in s. 27(1)(e) of the Act. Section 32(2) reads:

32. . . .

(2) [Where person is a permanent resident] Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), the adjudicator shall, subject to subsections (2.1) and 32.1(2), make a deportation order against that person.

The appellant appealed the order to the I.A.D., not on legal grounds pursuant to s. 70(1)(a) — as he conceded that the removal order was correct in law — but on discretionary grounds pursuant to s. 70(1)(b). On October 30, 1995, the I.A.D. dismissed the appeal, a decision which was upheld by the Federal Court, Trial Division on December 18, 1996 and by the Federal Court of Appeal on December 3, 1998. Leave to appeal to this Court was granted on October 14, 1999.

IV. Judicial History

A. Immigration Appeal Division, [1995] I.A.D.D. No. 1055 (QL)

12

Board Member Wiebe noted that, in an appeal pursuant to s. 70(1)(b), the onus is on an appellant to establish that, having regard to all the circumstances of the case, he or she should not be removed from Canada. She held that the appellant Chieu

À l'enquête du 29 juin 1994, l'appellant admet avoir fait une fausse déclaration importante sur sa demande de statut de résident permanent. Il dit aussi qu'il ne demandera pas le statut de réfugié. L'arbitre ordonne son renvoi en vertu du par. 32(2) de la Loi au motif que l'appellant est une personne visée par l'al. 27(1)e) de la Loi. Le paragraphe 32(2) prévoit :

32. . . .

(2) [Résidents permanents] S'il conclut que l'intéressé est un résident permanent se trouvant dans l'une des situations visées au paragraphe 27(1), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (2.1) et 32.1(2), prend une mesure d'expulsion contre lui.

L'appellant fait appel de l'ordonnance à la S.A.I., en invoquant non pas les moyens prévus à l'al. 70(1)(a) — puisqu'il admet que la mesure de renvoi est justifiée en droit — mais en invoquant le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 70(1)(b). Le 30 octobre 1995, la S.A.I. rejette l'appel, décision qui est confirmée par la Section de première instance de la Cour fédérale le 18 décembre 1996 et par la Cour d'appel fédérale le 3 décembre 1998. L'autorisation de pourvoi à notre Cour est accordée le 14 octobre 1999.

IV. Historique des procédures

A. Section d'appel de l'immigration, [1995] I.A.D.D. n° 1055 (QL)

Le commissaire Wiebe souligne que, dans un appel en vertu de l'al. 70(1)(b), il incombe à l'appellant d'établir que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, il ne devrait pas être renvoyé du Canada. Elle conclut que l'appellant Chieu ne s'est

failed to meet that burden. The board member found that there was “no evidence of oppression or even of significant hardship” facing the appellant in Vietnam. She also made some brief comments regarding the appellant’s lack of connections to Cambodia. However, she gave “minimal” weight to the evidence regarding foreign hardship as she believed, following *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (F.C.A.), that “it is premature for the Appeal Division to take into account the conditions of the person’s country of origin, as the determination of to which country the deported person will be sent rests with the Minister of Immigration”. The relevant domestic considerations did not weigh in favour of allowing the appellant to remain in Canada, and therefore the appeal was dismissed.

B. *Federal Court, Trial Division* (1996), 125 F.T.R. 76

The appellant obtained leave from the Federal Court, Trial Division to commence an application for judicial review of the I.A.D.’s decision pursuant to s. 82.1 of the Act. Before the court, the appellant argued that the I.A.D. had erred in not fully considering the potential hardship he would face in Cambodia, as this was the only country that was legally obliged to accept him upon removal from Canada. The appellant further argued that *Hoang* was a case involving the removal of a refugee and therefore does not apply to the removal of permanent residents who are not Convention refugees. Muldoon J. rejected both arguments. He held that *Hoang* does apply to appeals by non-refugee permanent residents pursuant to s. 70(1)(b) as “no determination has yet been made [under s. 52] regarding the country to which applicant will be deported” and, as a result, “an assessment of country conditions by the board would have been premature” (paras. 8 and 10). Muldoon J. therefore concluded that the I.A.D. was correct in refusing to consider conditions in either Vietnam or Cambodia.

Consequently, Muldoon J. dismissed the application for judicial review. In the event that he was in error in applying *Hoang* outside the refugee context,

pas acquitté de cette charge. Elle conclut qu’il n’y a [TRADUCTION] « aucune preuve d’oppression ni même de difficultés importantes » auxquelles ferait face l’appelant au Vietnam. Elle fait également de brefs commentaires sur l’absence de lien de l’appelant avec le Cambodge. Elle accorde cependant un poids [TRADUCTION] « minime » à la preuve relative aux difficultés à l’étranger car elle estime, suivant *Hoang c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (QL) (C.A.), qu’[TRADUCTION] « il est prématuré pour la Section d’appel de tenir compte de la situation du pays d’origine puisqu’il appartient au ministre de l’Immigration de décider vers quel pays la personne sera expulsée ». Les considérations internes pertinentes ne militant pas en faveur d’autoriser l’appelant à demeurer au Canada, l’appel est rejeté.

B. *Section de première instance de la Cour fédérale*, [1996] A.C.F. n° 1680 (QL)

L’appelant obtient de la Section de première instance de la Cour fédérale l’autorisation d’instituer une demande de contrôle judiciaire de la décision de la S.A.I. en vertu de l’art. 82.1 de la Loi. Devant la cour, l’appelant allègue que la S.A.I. a eu tort de ne pas avoir considéré pleinement les difficultés auxquelles il pourrait faire face au Cambodge puisqu’il s’agit du seul pays légalement tenu de l’accepter suivant son renvoi du Canada. L’appelant soutient aussi que l’affaire *Hoang* porte sur le renvoi d’un réfugié et ne s’applique donc pas au renvoi de résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention. Le juge Muldoon rejette les deux arguments. Il conclut que *Hoang* s’applique aux appels interjetés en vertu de l’al. 70(1)(b) par des résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés car « aucune décision n’a encore été prise [en vertu de l’art. 52] quant au pays vers lequel le requérant serait expulsé », de sorte qu’« une évaluation par le tribunal de la situation du pays aurait été prématurée » (par. 8 et 10). Le juge Muldoon conclut donc que la S.A.I. a eu raison de refuser de tenir compte de la situation au Vietnam et au Cambodge.

Par conséquent, le juge Muldoon rejette la demande de contrôle judiciaire. Au cas où il commettrait une erreur en appliquant l’arrêt *Hoang* à

he certified a serious question of general importance so that an appeal could be brought to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 83(1) of the Act. The certified question stated (at para. 16):

Can the Appeal Division of the IRB, in the exercise of its jurisdiction to have “regard to all the circumstances of the case”, under the *Immigration Act*’s s. 70(1)(b), consider the country (and its conditions) to which the non-refugee appellant would, on the balance of probabilities, be removed when assessing whether “the person should not be removed from Canada”; or not, in accordance with the decision of Mr. Justice MacGuigan in a refugee case, *Hoang v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 120 N.R. 193 at 195; 13 Imm. L.R. (2d) 35 (F.C.A.) quoted above herein?

C. *Federal Court of Appeal*, [1999] 1 F.C. 605

15

The Federal Court of Appeal answered the certified question in the negative. Linden J.A. for the court agreed with Muldoon J. that *Hoang* does apply to permanent residents who are not Convention refugees, on the grounds of consistency. He felt that the confusion over this issue had arisen as a result of the decision of the Immigration Appeal Board (“I.A.B.”) in *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), which had included “the degree of hardship that would be caused to the appellant by his return to his country of nationality” as one of the relevant factors to be considered under the discretionary jurisdiction of the I.A.B. The I.A.B. was the predecessor of the I.A.D. and had an identical discretionary jurisdiction pursuant to what was then s. 72(1)(b) of the Act.

16

Linden J.A. overruled *Ribic* on this point. He stated at para. 15:

Let there be no confusion about it — this Court affirms its adherence to *Hoang* and to its application in non-refugee cases such as this. The Board cannot, in exercising its equitable jurisdiction pursuant to paragraph 70(1)(b), consider, as a circumstance, country conditions in potential destinations of deportees. Moreover, evidence relating to these countries is irrelevant and, therefore, inadmissible. The Board’s jurisdiction under paragraph 70(1)(b) is only to determine whether a person should be removed from Canada. The Board has no busi-

une affaire ne concernant pas un réfugié, il certifie (au par. 16) une question grave de portée générale, pour permettre un appel à la Cour d’appel fédérale en vertu du par. 83(1) de la Loi :

Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’avoir « égard aux circonstances particulières de l’espèce », sous le régime de l’alinéa 70(1)b) de la *Loi sur l’immigration*, la section d’appel de la CISR peut-elle examiner le pays (et sa situation) auquel l’appelant qui n’est pas un réfugié serait, selon la prépondérance des probabilités, renvoyé lorsqu’il s’agit de déterminer s’« il ne devrait pas être renvoyé du Canada », conformément à l’arrêt rendu par le juge MacGuigan dans l’affaire de réfugiés *Hoang c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1990), 120 N.R. 193, à la page 195; 13 Imm. L.R. (2d) 35 (C.A.F.), cité dans les présents motifs?

C. *Cour d’appel fédérale*, [1999] 1 C.F. 605

La Cour d’appel fédérale répond à la question certifiée par la négative. Le juge Linden, au nom de la cour, est d’accord avec le juge Muldoon que l’arrêt *Hoang* s’applique aux résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention, et ce, pour des raisons de cohérence. Il estime que la confusion sur cette question découle de la décision *Ribic c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. n° 4 (QL), dans laquelle la Commission d’appel de l’immigration (« C.A.I. »), indique que [TRADUCTION] « l’importance des difficultés qu’éprouverait l’appelant en rentrant dans son pays de nationalité » est un des facteurs pertinents dont la C.A.I. doit tenir compte dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. La C.A.I., le prédécesseur de la S.A.I., avait un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de ce qui était alors l’al. 72(1)b) de la Loi.

Le juge Linden renverse la décision *Ribic* à cet égard et dit au par. 15 :

Ne laissons persister aucune confusion à ce sujet — la Cour confirme qu’elle est d’accord avec l’arrêt *Hoang* et son application aux affaires concernant les non-réfugiés comme en l’espèce. La Commission ne peut pas, dans l’exercice de sa juridiction d’équité conformément à l’alinéa 70(1)b), considérer, comme une circonstance, la situation des pays où des personnes pourraient être expulsées. De plus, les éléments de preuve relatifs à ces pays ne sont pas pertinents et, par conséquent, ils ne sont pas admissibles. Selon l’alinéa 70(1)b), la Commission

ness considering the merits or demerits of any potential destination.

Linden J.A. based this conclusion on a number of factors: precedent; the overall scheme of the Act; the wording of s. 70(1)(b) when read in its total context; a need to avoid prolonged hearings before the I.A.D.; the fact that the I.A.D. is neither designed nor equipped to deal with such issues; that allowing it to do so would create an alternative refugee system; and that the Federal Court could handle any increase in the number of judicial review applications that could potentially result from preventing the I.A.D. from examining potential foreign hardship.

Having come to this conclusion, Linden J.A. canvassed four potential avenues of recourse, in lieu of an appeal to the I.A.D., through which an individual facing removal could have foreign hardship concerns taken into account: (1) voluntary departure to a safe country pursuant to s. 52 of the Act; (2) an application under s. 114(2) of the Act, asking the Minister to consider the conditions in the country to which the person is about to be sent; (3) an application for judicial review of the Minister's s. 52(2) decision regarding the country of removal; or (4) a court challenge of the Minister's decision on *Charter* or international law grounds if removal might endanger life or security of the person. Linden J.A. therefore dismissed the appeal. The I.A.D.'s reference to the appellant's connections to Vietnam was held to be of little importance as "it was a cursory reference of no consequence in arriving at [its decision] in this case" (para. 26).

V. Issue

There is one issue to be resolved in this appeal: do the words "having regard to all the circumstances of the case" in s. 70(1)(b) of the *Immigration Act* allow the I.A.D. to consider potential foreign hardship when reviewing a removal order made against a permanent resident?

a seulement le pouvoir de décider si une personne devrait être renvoyée du Canada. La Commission n'a pas à prendre en considération le bien-fondé ou non de quelque destination éventuelle.

Le juge Linden fonde sa conclusion sur plusieurs facteurs : la jurisprudence; l'économie générale de la Loi; le libellé de l'al. 70(1)(b) interprété dans un contexte global; la nécessité d'éviter les audiences prolongées devant la S.A.I.; le fait que la S.A.I. n'est ni conçue ni équipée pour traiter ces questions; que lui permettre de le faire créerait un système parallèle de détermination du statut de réfugié; et que la Cour fédérale peut faire face à toute augmentation du nombre de demandes de contrôle judiciaire que pourrait causer l'interdiction faite à la S.A.I. d'examiner les difficultés possibles à l'étranger.

Après cette conclusion, le juge Linden analyse quatre recours possibles autres qu'un appel à la S.A.I., par lesquels l'individu frappé de renvoi peut faire valoir la question des difficultés à l'étranger : (1) le départ volontaire vers un pays sûr en vertu de l'art. 52 de la Loi; (2) la demande au ministre, en vertu du par. 114(2) de la Loi, d'examiner la situation du pays vers lequel la personne est sur le point d'être renvoyée; (3) la demande de contrôle judiciaire de la décision prise par le ministre en vertu du par. 52(2) relativement au pays de destination; (4) la contestation judiciaire de la décision du ministre, en vertu de la *Charte* ou de moyens de droit international si le renvoi est susceptible de mettre en péril la vie ou la sécurité de la personne. Le juge Linden rejette donc l'appel. Il conclut que la mention par la S.A.I. des liens de l'appelant avec le Vietnam avait peu d'importance car « c'était une brève mention et sans conséquence pour arriver à [sa décision] en l'espèce » (par. 26).

V. Question en litige

Le pourvoi pose la question suivante : les mots « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'al. 70(1)(b) de la *Loi sur l'immigration* permettent-ils à la S.A.I. de tenir compte des difficultés possibles à l'étranger lorsqu'elle examine une mesure de renvoi prise contre un résident permanent?

17

18

VI. Analysis

19

In my view, this appeal can be decided by applying principles of administrative law and statutory interpretation, as was the case in this Court's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 11. It is not necessary to address directly the scope and content of ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

A. *Standard of Review*

20

Judicial review of any administrative decision must begin with a determination of the proper standard on which the review is to be carried out. Although not explicitly discussed by the courts below in this case, it is apparent that they were reviewing the I.A.D.'s decision on a correctness basis. Is this the appropriate standard? The answer is largely provided by this Court's decision in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. In that case, this Court considered, for the first time, the standard of review to be applied to decisions of the I.R.B. For legal questions of general importance, the appropriate standard was held to be correctness. Although *Pushpanathan* involved the Convention Refugee Determination Division ("C.R.D.D.") of the I.R.B., not the I.A.D., many of the relevant factors are similar on this appeal.

21

The "pragmatic and functional" approach is employed to determine the proper standard of review in any given case: see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at pp. 1088-90; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 592; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 28-53; *Pushpanathan, supra*, at para. 27; and *Baker, supra*, at para. 52. This approach takes into consideration factors such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision being made, the language of the provision and the surrounding legislation, and the intention of Parliament. It recognizes that standards of review are appropriately seen as a spectrum, ranging from patent unreasonableness at the more deferential end of the spectrum, through reasonableness *simpliciter*,

VI. Analyse

Je suis d'avis que la Cour peut statuer sur le pourvoi en appliquant les principes de droit administratif et d'interprétation des lois, comme elle l'a fait dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 11. Il n'y a pas lieu de traiter directement de la portée et de la teneur des art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

A. *La norme de contrôle*

Le contrôle judiciaire de toute décision administrative doit commencer par la détermination de la norme de contrôle appropriée. Même si les décisions antérieures en l'espèce ne le mentionnent pas expressément, elles semblent appliquer la norme de la décision correcte à la décision de la S.A.I. Est-ce la norme appropriée? La réponse est fournie en grande partie dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, où la Cour examine pour la première fois la norme de contrôle applicable aux décisions de la C.I.S.R. : pour les questions de droit de portée générale, la norme appropriée est celle de la décision correcte. L'arrêt *Pushpanathan* avait trait à la Section du statut de réfugié (« S.S.R. ») de la C.I.S.R., et non pas à la S.A.I., mais de nombreux facteurs pertinents sont semblables.

La méthode « pragmatique et fonctionnelle » est utilisée pour déterminer la norme de contrôle appropriée dans une affaire donnée : voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1088-1090; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 592; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 28-53; *Pushpanathan, précité*, par. 27; et *Baker, précité*, par. 52. Cette méthode tient compte de facteurs comme l'expertise du tribunal, la nature de la décision rendue, la formulation de la disposition et les dispositions législatives environnantes ainsi que l'intention du législateur. Elle reconnaît que les normes de contrôle sont considérées avec raison comme une gamme allant du caractère manifestement déraisonnable à l'échelon de la plus grande

to correctness at the more exacting end of the spectrum: see *Pezim*, at pp. 589-90; *Southam*, at paras. 54-56; *Pushpanathan*, at para. 27; and *Baker*, at para. 55.

The appropriate standard of review in this case therefore must be determined by examining the relevant factors. First, the nature of the question under review favours a correctness standard. Like *Pushpanathan*, *supra*, and *Baker*, *supra*, this appeal involves a serious question of general importance certified pursuant to s. 83(1) of the Act. The jurisdiction of the I.A.D. and the mechanisms through which a decision of the I.A.D. can be appealed are established primarily by the following provisions of the Act:

69.4 . . .

(2) [Sole and exclusive jurisdiction] The Appeal Division has, in respect of appeals made pursuant to sections 70, 71 and 77, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction, that may arise in relation to the making of a removal order or the refusal to approve an application for landing made by a member of the family class.

82.1 (1) [Judicial review by Federal Court] An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

83. (1) [Certification necessary to appeal] A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

The resolution of a certified question will generally be of considerable precedential value. The legislative scheme recognizes this fact by providing

retenue, passant par le caractère raisonnable *simpliciter*, jusqu'à la décision correcte à l'extrémité la plus exigeante : voir *Pezim*, p. 589-590; *Southam*, par. 54-56; *Pushpanathan*, par. 27; et *Baker*, par. 55.

La norme de contrôle appropriée en l'espèce doit donc être déterminée par l'examen des facteurs pertinents. Premièrement, la nature de la question faisant l'objet du contrôle milite en faveur de la norme de la décision correcte. Comme dans *Pushpanathan* et *Baker*, précitées, ce pourvoi concerne une question grave de portée générale certifiée en vertu du par. 83(1) de la Loi. La compétence de la S.A.I. et les mécanismes d'appel de ses décisions sont établis par les dispositions suivantes de la Loi :

69.4 . . .

(2) [Compétence exclusive] La section d'appel a compétence exclusive, dans le cas des appels visés aux articles 70, 71 et 77, pour entendre et juger sur des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — relatives à la prise d'une mesure de renvoi ou au rejet d'une demande de droit d'établissement présentée par un parent.

82.1 (1) [Instances devant la Cour fédérale] La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

83. (1) [Appel du jugement de la Section de première instance à la Cour d'appel fédérale] Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

La résolution d'une question certifiée a généralement une grande valeur de précédent. Le régime législatif reconnaît ce fait en prévoyant que les

that questions of general importance, i.e. those that will be applicable to numerous future cases, may be reviewed by the Federal Court of Appeal and, with leave, by this Court. The Act thus evinces a particular concern that questions of general importance be appropriately resolved. For this reason, Bastarache J. concluded in *Pushpanathan*, *supra*, that “s. 83(1) would be incoherent if the standard of review were anything other than correctness” (para. 43). However, in *Baker*, *supra*, a decision by the Minister under s. 114(2) of the Act was reviewed by L’Heureux-Dubé J. on the intermediate standard of reasonableness *simpliciter*, even though a question had been certified in that case. In my opinion, the presence of s. 83(1) is not determinative of the standard of review on its own. As this Court stated in *Southam*, *supra*, at paras. 36-37, the precedential value of a case is only one factor relevant to the determination of the appropriate standard of review. While the review of an issue of “general importance” weighs in favour of a correctness standard, other factors relevant to the pragmatic and functional approach must still be considered. Indeed, both Bastarache J. in *Pushpanathan* and L’Heureux-Dubé J. in *Baker* went on to examine a number of additional factors.

questions de portée générale, c.-à-d. celles qui s’appliqueront à de nombreuses affaires ultérieures, peuvent être soumises à la Cour d’appel fédérale et, après autorisation, à notre Cour. La Loi exprime donc la volonté spécifique que les questions de portée générale soient résolues de façon appropriée. C’est pour cette raison que le juge Bastarache conclut dans *Pushpanathan*, précité, que « le par. 83(1) serait incohérent si la norme de contrôle était autre chose que celle de la décision correcte » (par. 43). Toutefois, dans *Baker*, précité, une décision rendue par le ministre en vertu du par. 114(2) de la Loi est examinée par le juge L’Heureux-Dubé selon la norme intermédiaire du caractère raisonnable *simpliciter*, bien qu’une question ait été certifiée. À mon avis, l’existence du par. 83(1) n’est pas déterminante, à elle seule, quant à la norme de contrôle. Comme notre Cour le dit dans *Southam*, précité, par. 36-37, la valeur de précédent d’une affaire ne constitue que l’un des facteurs pertinents pour la détermination de la norme de contrôle appropriée. Même si la présence d’une question de « portée générale » milite en faveur de la norme de la décision correcte, il faut examiner d’autres facteurs pertinents dans le cadre de la méthode pragmatique et fonctionnelle. D’ailleurs, le juge Bastarache dans *Pushpanathan* et le juge L’Heureux-Dubé dans *Baker* examinent ensuite des facteurs supplémentaires.

24

In this case, the relevant additional factors also favour the correctness standard. The I.A.D. enjoys no relative expertise in the matter of law which is the object of the judicial review. While in *Pushpanathan* the matter under review was a human rights issue, an area of law in which deference is usually not given, the issue here is one of jurisdiction, a similar area where little deference is shown. Administrative bodies generally must be correct in determining the scope of their delegated mandate, given that they are entirely the creatures of statute. As Bastarache J. stated in *Pushpanathan*, at para. 28, “it is still appropriate and helpful to speak of ‘jurisdictional questions’ which must be answered correctly by the tribunal in order to be acting *intra vires*”. While the I.A.D. has considerable expertise in determining the weight to be given to the factors it considers when exercising the discretionary jurisdiction conferred by s. 70(1)(b) of the Act, the scope

En l’espèce, les facteurs supplémentaires favorisent aussi la norme de la décision correcte. La S.A.I. n’a aucune expertise particulière dans le domaine du droit faisant l’objet du contrôle judiciaire. Dans *Pushpanathan*, le contrôle visait une question de droits de la personne, un domaine de droit qui habituellement ne bénéficie pas du principe de déférence; en l’espèce, il s’agit d’une question de compétence, un domaine exigeant également peu de déférence. En règle générale, les organismes administratifs doivent déterminer correctement la portée de leur mandat délégué puisqu’ils sont entièrement créés par la loi. Comme le juge Bastarache le dit dans *Pushpanathan*, « il convient toujours, et il est utile, de parler des “questions de compétence” que le tribunal doit trancher correctement pour ne pas outrepasser sa compétence » (par. 28). Même si la S.A.I. a une expertise considérable dans la détermination de l’importance à accorder aux fac-

of this discretionary jurisdiction itself is a legal issue ultimately to be supervised by the courts. The legal nature of the issue is particularly evident in cases like the one before us, where the Minister is arguing that the I.A.D. has usurped her jurisdiction. The factor of expertise weighed in the opposite direction in *Baker*, because the Minister “has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply” (para. 59). The issue under review in *Baker* did not involve a jurisdictional issue like the one presently before this Court, and therefore a more deferential standard of review was appropriate.

In addition, Parliament has not enacted a strong privative clause for decisions of the I.A.D. (s. 69.4(2)). As Bastarache J. stated in *Pushpanathan* (at para. 49), in relation to the similarly worded privative clause for the C.R.D.D. (s. 67(1)), “read in the light of s. 83(1), it appears quite clear that the privative clause, such as it is, is superseded with respect to questions of ‘general importance’”. In my opinion, this is also the case for the privative clause contained in s. 69.4(2).

Finally, appeals under s. 70(1)(b) do not engage the I.A.D. in a polycentric balancing of competing interests, but instead require the resolution of an issue in which an individual’s rights are at stake. The I.A.D. is not involved in a managing or supervisory function, but is adjudicating the rights of individuals *vis-à-vis* the state. This factor also weighs in favour of a less deferential standard of review. For all of these reasons, I conclude that a correctness standard should be applied in reviewing the decision of the I.A.D. in this case. However, it may well be that a more deferential standard would apply to decisions of the I.A.D. in other contexts, particularly if the issue under review were to fall squarely within the specialized expertise of the board.

B. Statutory Interpretation

The resolution of this appeal turns on the interpretation given to the words of s. 70(1)(b). What

teurs dont elle tient compte lorsqu’elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’al. 70(1)(b) de la Loi, la portée de ce pouvoir discrétionnaire est une question de droit qui doit en fin de compte être contrôlée par les tribunaux. Le caractère juridique de la question est particulièrement évident dans des affaires comme l’espèce où le ministre soutient que la S.A.I. a usurpé sa compétence. Le facteur de l’expertise favorisait la thèse contraire dans *Baker* parce que le ministre « a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d’immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d’application des exigences habituelles » (par. 59). Le contrôle dans *Baker* ne visait pas une question de compétence comme en l’espèce, de sorte qu’une norme de plus grande déférence se justifiait.

En outre, le législateur n’a pas édicté de clause privative rigoureuse relativement aux décisions de la S.A.I. (par. 69.4(2)). Le juge Bastarache, traitant d’une clause privative rédigée de façon semblable à l’égard de la S.S.R. (par. 67(1)), dit au par. 49 de *Pushpanathan*, qu’« il ressort nettement du rapprochement de la clause privative dans sa formulation actuelle et du par. 83(1), que la première est annulée pour ce qui est des questions de “portée générale” ». À mon avis, c’est aussi le cas pour la clause privative du par. 69.4(2).

Enfin, les appels en vertu de l’al. 70(1)(b) n’entraînent pas la S.A.I. dans une pondération polycentrique d’intérêts opposés, mais exigent plutôt la résolution d’une question mettant en jeu les droits d’un individu. La S.A.I. n’a pas une fonction de gestion ou de surveillance, elle statue sur les droits d’individus face à l’État. Ce facteur milite aussi en faveur d’une norme de moins grande déférence. Pour tous ces motifs, je conclus qu’il faut appliquer la norme de la décision correcte au contrôle de la décision de la S.A.I. en l’espèce. Il se peut toutefois qu’une norme de plus grande déférence s’appliquerait aux décisions de la S.A.I., dans d’autres contextes, surtout si l’objet du contrôle relevait directement des connaissances spécialisées de la commission.

B. L’interprétation de la loi

La résolution du pourvoi repose sur l’interprétation du texte de l’al. 70(1)(b). Que signifie

25

26

27

does the phrase “having regard to all the circumstances of the case” mean? Did Parliament intend it to be broad enough to allow the I.A.D. to consider potential foreign hardship when deciding whether to quash or stay a removal order made against a permanent resident? This Court has stated on numerous occasions that the preferred approach to statutory interpretation is that set out by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 287-94, and R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131. The modern approach to statutory interpretation has been relied on by this Court in many areas, including the administrative law context. See, for example: Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578 (taxation); Dickson C.J. in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134 (administrative); Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21 (employment); and McLachlin C.J. in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33 (criminal).

l’expression « eu égard aux circonstances particulières de l’espèce »? Le législateur voulait-il une disposition assez large pour permettre à la S.A.I. d’examiner les difficultés possibles à l’étranger afin de décider si elle doit annuler ou suspendre une mesure de renvoi prise contre un résident permanent? Notre Cour a dit maintes fois que la méthode d’interprétation des lois à privilégier est celle qu’énonce E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd’hui, il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

Voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 364-373, et R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), p. 131. Notre Cour s’est fondée sur la méthode moderne d’interprétation des lois dans de nombreux domaines, dont celui du droit administratif. Voir, par exemple : le juge Estey dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578 (droit fiscal); le juge en chef Dickson dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1134 (droit administratif); le juge Iacobucci dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21 (droit du travail); et le juge en chef McLachlin dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33 (droit criminel).

Même s’il n’est pas nécessaire de les appliquer à la lettre, les facteurs d’interprétation énumérés par Driedger fournissent un cadre utile à l’examen de ce pourvoi étant donné que la seule question en litige relève de l’interprétation des lois. Je souligne toutefois que ces facteurs d’interprétation sont étroitement liés et interdépendants. Il n’y a donc pas lieu de les analyser séparément dans chaque cas.

1. Grammatical and Ordinary Sense

An ordinary reading of “all the circumstances of the case” leads to a broad interpretation of s. 70(1)(b). The first consideration is that these words appear in a provision establishing a discretionary or equitable jurisdiction. The words do not provide

1. Le sens ordinaire et grammatical

Une lecture ordinaire de l’expression « aux circonstances particulières de l’espèce » mène à une interprétation large de l’al. 70(1)b). La première constatation est que ces mots figurent dans une disposition établissant une compétence discrétion-

detailed guidelines as to how this discretionary jurisdiction is to be exercised, but instead leave the scope of the discretion open-ended.

The second factor favouring a broad reading of s. 70(1)(b) is the grammatical sense of the phrase “all the circumstances of the case”. The word “all” is defined by the *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990), at p. 29, as “entire number of” or “greatest possible”. In this context, it would therefore mean considering the greatest possible number of factors relevant to the removal of a permanent resident from Canada. It is evident that one such factor is the conditions an individual would face upon removal. This is a natural consideration, because it is difficult to decide if it would be equitable to remove an individual from Canada without engaging in a comparative analysis of the conditions the individual would face if allowed to remain in the country and the conditions he or she would face if removed to a foreign state. For instance, an individual with two relatives in Canada but no relatives in the likely country of removal is in a different position from an individual with two relatives in Canada but an extensive family network in the likely country of removal. Similarly, an individual whose likely country of removal is at peace is in a different situation from an individual whose likely country of removal is in the midst of a civil war.

That this is the natural way to read “all the circumstances of the case” is supported by *Krishnapillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] I.A.D.D. No. 636 (QL), where the I.A.D. stated, at paras. 37-38:

The statutory duty of the Appeal Division is to consider all of the circumstances of the case of a permanent resident. This is a mandate to consider the individual in the entirety of his or her context. The connections of that individual to Canada, and the hardship that individual would experience upon removal can not be fully appreciated by assessing the individual solely in terms of the connections that individual has to Canada and people

naire ou d'equity. Ils ne fournissent pas de lignes directrices précises sur la manière d'exercer ce pouvoir discrétionnaire et n'assignent pas de limite à sa portée.

Le deuxième facteur favorisant l'interprétation large de l'al. 70(1)(b) est le sens grammatical de l'expression « *all the circumstances of the case* » dans la version anglaise. Le mot « *all* », selon le *Concise Oxford Dictionary* (8^e éd. 1990), p. 29, signifie [TRADUCTION] « le nombre total de » ou « le plus possible ». Dans ce contexte, cela veut dire qu'il faut examiner le plus grand nombre possible de facteurs intervenant dans la décision de renvoyer un résident permanent du Canada. Il est évident que l'un de ces facteurs est la situation dans laquelle il se trouverait après son renvoi. C'est une considération naturelle car il est difficile de déterminer s'il serait équitable de renvoyer un individu du Canada sans faire l'analyse comparative de la situation dans laquelle il se trouverait si on lui permettait de demeurer au Canada et de celle dans laquelle il serait s'il était renvoyé vers un État étranger. Par exemple, la situation d'un individu qui a deux membres de sa famille au Canada mais aucun dans le pays de destination probable diffère de la situation de celui qui a deux membres de sa famille au Canada mais de nombreuses attaches familiales dans le pays de destination probable. De la même manière, la situation d'un individu diffère selon que le pays de destination probable est en paix ou est en proie à une guerre civile.

La proposition que telle est la façon naturelle de comprendre l'expression « aux circonstances particulières de l'espèce » est appuyée par la décision *Krishnapillai c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] I.A.D.D. n° 636 (QL), par. 37-38, où la S.A.I. dit :

[TRADUCTION] La loi oblige la section d'appel à tenir compte de toutes les circonstances du cas d'un résident permanent. Il s'agit d'un mandat d'examen de l'individu à la lumière de l'ensemble de sa situation. On ne peut pas vraiment apprécier les liens de cet individu avec le Canada et les difficultés qu'il subirait s'il était renvoyé en l'évaluant seulement par rapport aux liens qu'il a avec le Canada et les gens qui y vivent. Procéder ainsi

30

31

living in Canada. To do so would be to abstract that individual from the connections which also link that individual to his or her country of origin, and which connections form part of the reality of every immigrant.

The degree to which a permanent resident maintains a connection with his or her country of origin varies with the circumstances of the individual, and it is the extent of that connection which, quite properly, forms the basis of inquiry in literally every removal appeal before this Division.

reviendrait à soustraire cet individu de ses liens avec son pays d'origine, liens qui font partie de la réalité de chaque immigrant.

La mesure dans laquelle un résident permanent conserve un lien avec son pays d'origine dépend de sa situation, et c'est l'étendue de ce lien qui, à bon droit, constitue le fondement de l'enquête dans littéralement tous les appels interjetés contre le renvoi devant cette section.

32 In addition, the inclusive nature of the word "all" suggests that realistic possibilities are just as relevant as certainties in making this discretionary decision. For instance, the likelihood that an individual will re-offend is an uncertain factor, but one that is commonly considered by the I.A.D. pursuant to s. 70(1)(b) when an individual is being removed as a result of a criminal conviction, as is the case in *Al Sagban*. This indicates that the I.A.D. should also be able to consider conditions in the likely country of removal, even when the ultimate country of removal is not known with absolute certainty at the time the s. 70(1)(b) appeal is heard.

En outre, la nature englobante du mot « all » indique que les possibilités réalistes sont tout aussi pertinentes que les certitudes dans cette décision discrétionnaire. Par exemple, la probabilité qu'un individu récidive est un facteur incertain, mais un facteur que la S.A.I. prend couramment en considération en vertu de l'al. 70(1)b) lorsqu'un individu est renvoyé à la suite d'une condamnation pénale, comme c'est le cas dans l'affaire *Al Sagban*. Cela indique que la S.A.I. devrait aussi pouvoir tenir compte de la situation du pays de destination probable même si, au moment de l'audition de l'appel interjeté en vertu de l'al. 70(1)b), on ne sait pas avec une certitude absolue quel sera finalement le pays de destination.

33 I therefore conclude that when the words of s. 70(1)(b) are read in their grammatical and ordinary sense, potential foreign hardship appears to be a relevant factor for the I.A.D. to consider. To conclude otherwise would be akin to reading this provision as entitling the I.A.D. to have regard to only some of the circumstances of the case.

Je conclus donc que les mots de l'al. 70(1)b), dans leur sens grammatical ordinaire, indiquent que les difficultés possibles à l'étranger sont un facteur dont la S.A.I. doit tenir compte. Conclure autrement équivaudrait à interpréter cette disposition comme autorisant la S.A.I. à tenir compte de certaines circonstances de l'espèce seulement.

2. Broader Context

34 The grammatical and ordinary sense of the words employed in s. 70(1)(b) is not determinative, however, as this Court has long rejected a literal approach to statutory interpretation. Instead, s. 70(1)(b) must be read in its entire context. This inquiry involves examining the history of the provision at issue, its place in the overall scheme of the Act, the object of the Act itself, and Parliament's intent both in enacting the Act as a whole, and in enacting the particular provision at issue.

2. Le contexte général

Le sens ordinaire et grammatical du texte de l'al. 70(1)b) n'est toutefois pas déterminant, car notre Cour rejette depuis longtemps la méthode littérale d'interprétation des lois. Il faut considérer l'al. 70(1)b) dans son contexte global, c'est-à-dire examiner l'historique de la disposition, sa place dans l'économie générale de la Loi, l'objet de la Loi elle-même ainsi que l'intention du législateur tant dans l'adoption de la Loi tout entière que dans l'adoption de cette disposition particulière.

35 When read in this way, I conclude that the I.A.D. is entitled to consider potential foreign hardship

Selon cette analyse, je conclus que la S.A.I. a le droit de considérer les difficultés possibles à

under s. 70(1)(b), provided that a likely country of removal has been established on a balance of probabilities by the permanent resident facing removal. This is a case where the ordinary reading of the statute is in harmony with legislative intent and with the scheme and object of the Act. I will now explore each of the relevant contextual factors supporting this conclusion, beginning with the history of s. 70(1)(b).

(a) *History of Section 70(1)(b)*

Individuals facing removal from Canada have long been able to appeal the removal order made against them. Citizenship and Immigration Canada reviewed the history of the appeal process in *Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation* (1998), at p. 52:

Appeals were made directly to the Minister responsible for immigration until 1956, at which time an administrative agency, still subordinate to the Minister, was established. A combination of factors, including dissatisfaction with an appeal process that lacked independence, led to the creation, in 1967, of the [reconstituted] Immigration Appeal Board.

See *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pp. 739-42, and N. Kelley and M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy* (1998), at pp. 368-69. The reconstituted I.A.B. was an administrative board independent of the Minister. Section 11 of the *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, provided for appeals to the I.A.B. on any question of law or fact or mixed law and fact. Section 15 of this legislation conferred upon the I.A.B. the power to stay or quash a deportation order made against a permanent resident on the basis of "all the circumstances of the case". As Kelley and Trebilcock point out, at pp. 368-69, the creation of this new power significantly changed the division of powers between the Minister and the administrative regime:

The most important innovation in the new act was an extension of IAB powers to include areas of equitable jurisdiction. This new power allowed the IAB to consider humanitarian and compassionate arguments if the

l'étranger sous le régime de l'al. 70(1)(b) pourvu que le résident permanent faisant face au renvoi ait établi selon la prépondérance des probabilités un pays de destination probable. Il s'agit d'un cas où l'interprétation ordinaire de la loi concorde avec l'intention du législateur et avec l'économie et l'objet de la Loi. J'analyse maintenant chacun des facteurs contextuels pertinents à l'appui de cette conclusion, en commençant par l'historique de l'al. 70(1)(b).

(a) *L'historique de l'al. 70(1)(b)*

Les individus faisant face au renvoi du Canada peuvent depuis longtemps interjeter appel de la mesure prise contre eux. Citoyenneté et Immigration Canada fait l'historique du processus d'appel dans *De solides assises pour le 21^e siècle : Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés* (1998), p. 50 :

Les appels étaient interjetés directement auprès du ministre responsable de l'Immigration jusqu'à 1956, alors qu'on a créé un organisme administratif, toujours sous la supervision du ministre. Une série de facteurs, dont l'insatisfaction à l'égard du manque d'indépendance de l'organisme, ont mené en 1967 à la création de la Commission d'appel de l'immigration [reconstituée].

Voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 739-742, et N. Kelley et M. Trebilcock, *The Making of the Mosaic : A History of Canadian Immigration Policy* (1998), p. 368-369. La C.A.I. reconstituée était une commission administrative indépendante du ministre. La *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, ch. 90, instituait à l'art. 11 un droit d'appel à la C.A.I. sur toute question de droit ou de fait et toute question mixte de droit et de fait. La Loi conférait à la C.A.I., à l'art. 15, le pouvoir de suspendre et d'annuler une ordonnance d'expulsion visant un résident permanent compte tenu de « toutes les circonstances du cas ». Comme Kelley et Trebilcock le soulignent, aux p. 368-369, la création de ce nouveau pouvoir a considérablement modifié le partage des pouvoirs entre le ministre et l'organisme administratif :

[TRADUCTION] L'innovation la plus importante de la nouvelle loi était l'élargissement des pouvoirs de la C.A.I. aux domaines de compétence en equity. Ce nouveau pouvoir permettait à la C.A.I. d'examiner les argu-

appellant was about to be deported under the strict terms of the Immigration Act. [Progressive Conservative M.P.] Richard Bell opposed placing such equitable powers in the hands of an administrative tribunal, preferring that the political arm of government continue to exercise it. However, as he himself acknowledged, his view was not one widely shared by his colleagues: 'without question, sir, the majority opinion is against me.'

However, this new power remained subject to the discretion of the Minister and the Solicitor General, who were empowered under s. 21 of this legislation (ss. 81 through 82 of the present Act) to pre-empt an I.A.B. decision by certifying their opinion, based on security or criminal intelligence reports, that it would be contrary to the national interest to permit such relief. As an aside, I note that the right of appeal may also now be lost if the Minister is of the opinion that an individual constitutes a danger to the public in Canada: s. 70(5) of the present Act.

37 The *Immigration Appeal Board Act* was repealed in 1977 by the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. Section 72 of this new legislation consolidated the former ss. 11 and 15 into one section setting out two separate grounds of appeal. In *Chiarelli, supra*, Sopinka J. stated, for the Court, at p. 741, that these reforms:

... did not change the nature of the decision that could be made by the Board "having regard to all the circumstances of the case". That decision remained, as it had been under the 1967 Act, an exercise of discretion based on compassionate grounds.

38 The appeals component of the I.A.B. later became the I.A.D., and s. 72 was later renumbered s. 70, but its wording has remained the same. What did change in 1977, however, was that the concept of domicile was removed from the Act. Prior to the 1977 reforms, permanent residents who had lived in Canada for five years acquired Canadian domicile and could not be removed from the country, absent exceptional circumstances: see Kelley and Trebilcock, *supra*, at p. 430. When questioned on the vulnerability of long-term permanent

ments fondés sur des raisons d'ordre humanitaire dans les cas où l'appelant était sur le point d'être expulsé suivant les seules dispositions de la Loi sur l'immigration. [Le député progressiste conservateur] Richard Bell s'est opposé à ce que de tels pouvoirs d'équité soient conférés à un tribunal administratif, préférant que la branche politique du gouvernement continue à les exercer. Toutefois, comme il l'a lui-même reconnu, son opinion n'était pas partagée par un grand nombre de ses collègues : « il ne fait aucun doute, monsieur, que l'opinion majoritaire est contre moi ».

Ce nouveau pouvoir est cependant demeuré assujéti au pouvoir discrétionnaire du ministre et du solliciteur général, à qui l'art. 21 de cette loi (les art. 81 et 82 de la loi actuelle) donnait le pouvoir de devancer une décision de la C.A.I. en certifiant leur opinion, fondée sur des renseignements secrets en matière de sécurité ou de criminalité, selon laquelle il serait contraire à l'intérêt national de permettre une telle réparation. Je note en passant que le droit d'appel peut aussi être perdu aujourd'hui si le ministre est d'avis qu'un individu constitue un danger pour le public au Canada : par. 70(5) de la loi actuelle.

La *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* est abrogée en 1977 par la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. L'article 72 de la nouvelle loi fond les anciens art. 11 et 15 en un seul article établissant deux moyens d'appel distincts. Dans *Chiarelli*, précité, le juge Sopinka, au nom de la Cour, dit à la p. 741 que ces réformes :

... n'[ont] rien changé [...] à la nature de la décision que pouvait rendre la Commission « compte tenu des circonstances de l'espèce ». Cette décision tenait encore, comme sous le régime de la Loi de 1967, à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs de compassion.

La section des appels de la C.A.I. devient plus tard la S.A.I., et l'art. 72 est renuméroté par la suite art. 70, sans modification du texte. Ce qui change en 1977, toutefois, c'est l'élimination dans la Loi de la notion de domicile. Avant les réformes de 1977, les résidents permanents ayant vécu cinq ans au Canada devenaient domiciliés au Canada et ne pouvaient être renvoyés du Canada que dans des circonstances exceptionnelles : voir Kelley et Trebilcock, *op. cit.*, p. 430. En réponse à une question sur la vulnérabilité de résidents permanents établis depuis

residents under the new approach, the Honourable Bud Cullen, Minister of Manpower and Immigration, responded that the new Act “permits removal of permanent residents only for very serious reasons and leaves ameliorating or compassionate factors such as length of residence in Canada to the discretion of the Immigration Appeal Board to which permanent residents have a right to appeal” (*House of Commons Debates*, July 22, 1977, at p. 7928). I note that no mention was made of relegating to the Minister the consideration of ameliorating or compassionate factors that involve foreign considerations.

Indeed, this Court has long approved of a broad approach to s. 70(1)(b) (or its predecessor legislation). Martland J. stated in *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, at p. 590 (dissenting, but not on this point) that, “[t]he intention of the Act was to enable the Board, in certain circumstances, to ameliorate the lot of an appellant against whom a deportation order had lawfully been made.” In the same case, Abbott J. stated, for the majority, at p. 581:

This somewhat unusual section [s. 15, the provisions of which are now contained in ss. 70(1)(b) and 70(3)(b)] gives the Board broad discretionary powers to allow a person to remain in Canada who is inadmissible under the *Immigration Act*. Before the section was enacted, such power was vested solely in the executive branch of Government.

Whether the discretion to be exercised by the Board under s. 15 be described as equitable, administrative or political, it is not in the strict sense a judicial discretion, but it would appear it should be exercised essentially upon humanitarian grounds.

This view was confirmed by Sopinka J., for the Court, in *Chiarelli*, *supra*, at p. 737, where he stated that s. 70(1)(b) “allows for clemency from deportation on compassionate grounds”. In the I.R.B. publication, *Removal Order Appeals* (1999), at p. 9-2, it is stated that s. 70(1)(b) “contemplates the realization of a valid social objective, namely, relief from the hardship that may be caused by the

longtemps, sous ce nouveau régime, l’honorable Bud Cullen, ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, déclare que la nouvelle loi « ne permet donc le renvoi de résidents permanents que pour des raisons très graves, et laisse les facteurs de clémence ou de compassion tels que la durée de résidence au Canada, à la discrétion de la Commission d’appel de l’immigration à laquelle les résidents permanents ont le droit d’en appeler » (*Débats de la Chambre des communes*, 22 juillet 1977, p. 7928). Je souligne qu’on ne mentionne aucunement l’attribution au ministre de l’examen de facteurs de clémence ou de compassion comportant des considérations relatives à l’étranger.

D’ailleurs, notre Cour approuve depuis longtemps l’interprétation large de l’al. 70(1)(b) (ou de la disposition qui l’a précédé). Le juge Martland, dissident sur d’autres questions, dit dans *Grillas c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1972] R.C.S. 577, p. 590, que « [l]e but de la Loi est d’habiliter la Commission, en certaines circonstances, à améliorer le sort d’un appelant contre lequel il existe un ordre d’expulsion valide ». Dans le même arrêt, à la p. 581, le juge Abbott dit au nom de la majorité :

Cet article [l’art. 15, dont les dispositions sont maintenant comprises dans les al. 70(1)(b) et 70(3)(b)] plutôt inusité accorde à la Commission des pouvoirs discrectionnaires étendus de permettre à quelqu’un de demeurer au Canada même s’il n’est pas admissible aux termes de la *Loi sur l’immigration*. Avant l’adoption de cet article, cette faculté appartenait exclusivement au pouvoir exécutif.

Peu importe que le pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission en vertu de l’art. 15 soit qualifié de pouvoir fondé sur l’équité, de pouvoir administratif ou de pouvoir politique, il n’est pas judiciaire au sens strict, mais doit s’exercer essentiellement, semble-t-il, pour des motifs d’ordre humanitaire.

Cette opinion est confirmée par le juge Sopinka, au nom de notre Cour dans *Chiarelli*, p. 737, où il dit que l’al. 70(1)(b) « permet [. . .] que l’expulsion soit écartée pour des motifs de compassion ». Dans la publication de la C.I.S.R. intitulée *Appels relatifs à une mesure de renvoi* (1999), p. 9-2, on dit que l’al. 70(1)(b) « vise la réalisation d’un objectif social valide, soit un recours contre un préjudice qui peut

pure operation of the law relating to removal.” I agree.

être causé par la simple application des règles de droit touchant le renvoi ». Je suis d'accord.

40

Employing such a broad approach to s. 70(1)(b), the I.A.D. itself has long considered foreign hardship to be an appropriate factor to take into account when dealing with appeals brought under this section. In *Ribic, supra*, at pp. 4-5, the I.A.B. summarized the relevant factors to be considered under its discretionary jurisdiction pursuant to what is now s. 70(1)(b) of the Act:

Adoptant cette interprétation large de l'al. 70(1)b), la S.A.I. elle-même considère depuis longtemps que les difficultés à l'étranger sont un facteur à considérer dans les appels interjetés en vertu de cet alinéa. Dans *Ribic*, précité, p. 4-5, la C.A.I. résume les facteurs pertinents qu'elle doit considérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère ce qui est maintenant l'al. 70(1)b) de la Loi :

In each case the Board looks to the same general areas to determine if having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada. These circumstances include the seriousness of the offence or offences leading to the deportation and the possibility of rehabilitation or in the alternative, the circumstances surrounding the failure to meet the conditions of admission which led to the deportation order. The Board looks to the length of time spent in Canada and the degree to which the appellant is established; family in Canada and the dislocation to that family that deportation of the appellant would cause; the support available for the appellant not only within the family but also within the community and the degree of hardship that would be caused to the appellant by his return to his country of nationality. While the general areas of review are similar in each case the facts are rarely, if ever, identical. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Dans chaque cas, la Commission tient compte des mêmes considérations générales pour déterminer si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la personne ne devrait pas être renvoyée du Canada. Ces circonstances comprennent la gravité de l'infraction ou des infractions à l'origine de l'expulsion et la possibilité de réadaptation ou, de façon subsidiaire, les circonstances du manquement aux conditions d'admissibilité, qui est à l'origine de la mesure d'expulsion. La Commission examine la durée de la période passée au Canada, le degré d'établissement de l'appelant, la famille qu'il a au pays, les bouleversements que l'expulsion de l'appelant occasionnerait pour cette famille, le soutien dont bénéficie l'appelant, non seulement au sein de sa famille, mais également de la collectivité, et l'importance des difficultés que causerait à l'appelant le retour dans son pays de nationalité. Même si les questions générales à examiner sont similaires dans chaque affaire, les faits, eux, ne sont que rarement, voire jamais, identiques. [Je souligne.]

This list is illustrative, and not exhaustive. The weight to be accorded to any particular factor will vary according to the particular circumstances of a case. While the majority of these factors look to domestic considerations, the final factor includes consideration of potential foreign hardship.

Cette liste est indicative, et non pas exhaustive. Le poids à accorder à un facteur donné dépend des circonstances particulières de chaque cas. Même si la majorité de ces facteurs visent des considérations intérieures, le dernier facteur comporte l'examen des difficultés possibles à l'étranger.

41

The “*Ribic* factors” were applied by the I.A.D. for at least 15 years. In fact, the I.A.B. considered potential foreign hardship under s. 70(1)(b) as early as 1978: *Moore v. Minister of Employment and Immigration*, No. 78-3016, December 6, 1978. Prior to these appeals, the only other case in which the I.A.D. refused to consider potential foreign hardship when reviewing a removal order against a non-refugee permanent resident under its discretionary jurisdiction was *El Tassi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. No. 993 (QL). As in these appeals, this was the result

Les « facteurs *Ribic* » sont appliqués par la S.A.I. depuis au moins 15 ans. En fait, la C.A.I. tenait déjà compte des difficultés possibles à l'étranger sous le régime de l'al. 70(1)b) en 1978 : *Moore c. Minister of Employment and Immigration*, n° 78-3016, 6 décembre 1978. Avant les présents pourvois, le seul autre cas où la S.A.I. a refusé de considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'examen d'une mesure de renvoi contre un résident permanent non réfugié dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire est l'affaire *El Tassi c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

of the panel interpreting *Hoang, supra*, as preventing them from doing so. The types of foreign hardship factors considered by the I.A.D. since the 1977 reforms have included language ability, family connections, availability of necessary medical care, and risk of physical harm.

(b) *The Scheme of the Act*

The arguments raised by both sides in this appeal primarily concern the proper role of s. 70(1)(b) appeals within the overall scheme of the Act. In addition, most of the concerns expressed by the Federal Court of Appeal with regard to allowing the I.A.D. to consider potential foreign hardship involved the appropriate place for foreign hardship to be considered within the scheme of the Act. The Minister argues that the I.A.D. cannot consider potential foreign hardship under s. 70(1)(b) because the Minister has not yet made her decision as to the country of removal under s. 52 at the time of the s. 70(1)(b) hearing. To conclude otherwise would allow the I.A.D. to interfere with the jurisdiction of the Minister to make that decision. The appellant, on the other hand, argues that a likely country of removal is almost always known at the time of the s. 70(1)(b) appeal (at least for permanent residents who are not refugees), and therefore can be considered at that time. Furthermore, the appellant submits, there is no other logical place in the Act under which potential foreign hardship can be considered if it is not considered under s. 70(1)(b).

I will therefore examine the scheme of the Act to explain, in part, why I have concluded that the appellant's position is the correct one. The relevant provisions are those concerned with the way in which permanent residents can be lawfully removed from Canada, and the various avenues of redress available to permanent residents to contest a removal order.

[1996] I.A.D.D. n° 993 (QL). Comme dans les présents pourvois, cela découlait du fait que la formation avait interprété l'arrêt *Hoang*, précité, comme l'empêchant de le faire. Les genres de difficultés à l'étranger dont la S.A.I. tient compte depuis les réformes de 1977 comprennent la connaissance de la langue, les liens familiaux, la disponibilité de soins médicaux nécessaires et le risque de préjudice corporel.

(b) *L'économie de la Loi*

Les arguments des deux parties au pourvoi portent principalement sur le rôle des appels prévus à l'al. 70(1)(b) dans l'économie générale de la Loi. En outre, la plupart des préoccupations exprimées par la Cour d'appel fédérale quant à autoriser la S.A.I. à tenir compte des difficultés possibles à l'étranger concernent le moment, dans l'application de la Loi, auquel il convient de considérer les difficultés à l'étranger. Le ministre soutient que la S.A.I. ne peut pas tenir compte des difficultés possibles à l'étranger sous le régime de l'al. 70(1)(b) parce qu'au moment de l'audience prévue par cet alinéa, il n'a pas encore décidé en vertu de l'art. 52 quel sera le pays de destination. Toute autre conclusion permettrait à la S.A.I. de s'immiscer dans la compétence du ministre de prendre cette décision. Pour sa part, l'appelant soutient que le pays de destination probable est presque toujours connu au moment de l'appel interjeté en vertu de l'al. 70(1)(b) (au moins pour les résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés), de sorte qu'il est possible d'en tenir compte à ce moment-là. L'appelant soutient qu'en outre, la Loi ne contient aucune autre disposition que l'al. 70(1)(b) permettant logiquement l'examen des difficultés possibles à l'étranger.

Je vais donc examiner l'économie de la Loi pour expliquer en partie pourquoi je conclus que la thèse de l'appelant est bien fondée. Les dispositions pertinentes sont celles qui régissent la manière dont les résidents permanents peuvent être légalement renvoyés du Canada et les divers recours qu'ils peuvent exercer pour contester une mesure de renvoi.

(i) General Provisions with Respect to Removal of Permanent Residents

44

The scheme of the Act with regard to the removal of permanent residents is relatively straightforward, although there are some complexities in more unusual circumstances. Once lawfully admitted to Canada, permanent residents are removable only if they are a person described in s. 27(1) of the Act. Grounds for removal set out in s. 27(1) include obtaining landing by virtue of fraud or misrepresentation of a material fact (s. 27(1)(e)), the applicable ground in this case, and conviction of an offence for which a term of more than six months' imprisonment has been imposed, or where a term of imprisonment of five years or more may be imposed (s. 27(1)(d)), the applicable ground in *Al Sagban*.

45

Permanent residents have the right to appeal a removal order to the I.A.D. pursuant to s. 70(1), on either legal grounds (s. 70(1)(a)) or discretionary grounds (s. 70(1)(b)), unless they are designated as a "danger to the public" under s. 70(5) or as a security risk under s. 81. It is important to note that when such an appeal is brought, the execution of the removal order is automatically stayed by s. 49 of the Act until the appeal has been disposed of by the I.A.D. and any judicial review proceedings have come to an end. As I will discuss below, this is not the situation when an individual is seeking the judicial review of a decision by the Minister. In such instances, a stay of the removal order is at the discretion of the Federal Court.

46

Parliament has structured the I.A.D. to provide robust procedural guarantees to individuals who come before it and to provide a significant degree of administrative flexibility to I.A.D. board members and staff. The I.A.D. is a court of record (s. 69.4(1)) with broad powers to summons and examine witnesses, order the production of documents, and enforce its orders (s. 69.4(3)). A removal order appeal is essentially a hearing *de novo*, as evidence

(i) Dispositions générales relatives au renvoi des résidents permanents

L'économie de la Loi est relativement simple en ce qui concerne le renvoi des résidents permanents, bien qu'il y ait certaines complexités dans les cas inhabituels. Une fois légalement admis au Canada, les résidents permanents ne peuvent être renvoyés que s'ils sont visés par le par. 27(1) de la Loi. Les motifs de renvoi énoncés au par. 27(1) comprennent notamment l'obtention du droit d'établissement par fraude ou par fausse indication sur un fait important (al. 27(1)e) — le motif applicable en l'espèce — ainsi qu'une déclaration de culpabilité relative à une infraction pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée ou qui peut être punissable d'un emprisonnement égal ou supérieur à cinq ans (al. 27(1)d) — le motif applicable dans *Al Sagban*.

Les résidents permanents ont un droit d'appel contre une mesure de renvoi auprès de la S.A.I. en vertu du par. 70(1) sur des moyens prévus par la loi (al. 70(1)a) ou sur des moyens relevant d'un pouvoir discrétionnaire (al. 70(1)b), à moins d'avoir été déclarés un « danger pour le public » aux termes du par. 70(5) ou un risque pour la sécurité aux termes de l'art. 81. Il est important de souligner que, lorsque l'appel est formé, l'exécution de la mesure de renvoi est automatiquement suspendue en vertu de l'art. 49 de la Loi jusqu'à l'issue de l'appel devant la S.A.I. et de toute demande de contrôle judiciaire subséquente. Comme je le mentionne plus loin, il ne s'agit pas d'un cas où l'individu demande le contrôle judiciaire d'une décision du ministre. Dans de tels cas, il appartient à la Cour fédérale de décider d'accorder ou non le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi.

Le législateur a structuré la S.A.I. de manière à fournir de solides garanties procédurales aux individus qui se présentent devant elle ainsi qu'une grande latitude administrative aux commissaires et au personnel. La S.A.I. est une cour d'archives (par. 69.4(1)) jouissant de vastes pouvoirs de citer des témoins à comparaître et de les interroger, d'ordonner la production de documents, et de faire exécuter ses ordonnances (par. 69.4(3)). L'appel d'une

can be received that was not available at the time the removal order was made. The I.A.D. has liberal rules of evidence, and may “receive such additional evidence as it may consider credible or trustworthy and necessary for dealing with the subject-matter before it” (s. 69.4(3)(c)). Written reasons must be provided for the disposition of an appeal under ss. 70 or 71 when such reasons are requested by either of the parties to the appeal (s. 69.4(5)). As with the statutory stay, Parliament has not provided similar procedural guarantees for decisions by the Minister.

Furthermore, the remedial powers of the I.A.D. are very flexible. Pursuant to s. 73(1) of the Act, the I.A.D. can dispose of an appeal made pursuant to s. 70 in three ways: by allowing it; by dismissing it; or, if exercising its equitable jurisdiction under ss. 70(1)(b) or 70(3)(b), by directing that execution of the order be stayed. When a removal order is quashed, the I.A.D. has the power to make any other removal order or conditional removal order that should have been made (s. 74(1)). When a removal order is stayed, the I.A.D. may impose any terms and conditions it deems appropriate, and review the case from time to time as it considers necessary (s. 74(2)). Stays may be cancelled or amended by the I.A.D. at any time (s. 74(3)). When a stay is cancelled, the appeal must be either dismissed or allowed, although the I.A.D. retains its powers under s. 74(1) to substitute a different removal order.

The I.A.D. can also reopen an appeal prior to execution of the removal order and, if appropriate, exercise its discretion in another way. As a result, this Court has stated that the I.A.D.’s discretionary jurisdiction is ongoing: *Grillas*, *supra*, at p. 582, *per* Abbott J., and at p. 590, *per* Martland J. As Lorne Waldman states, in *Immigration Law and Practice* (loose-leaf ed.), at § 10.133.7:

It is trite law that the Appeal Division has ongoing jurisdiction over the appellant up to and until the time that the removal order is executed. In such circumstances, there would appear to be no reason for concluding that the Appeal Division could [not] consider subsequently

mesure de renvoi est essentiellement une audience *de novo* car on peut y présenter des preuves qui n’étaient pas disponibles au moment de la prise de la mesure de renvoi. La S.A.I. a des règles de preuve souples et peut « recevoir [...] les éléments de preuve supplémentaires qu’elle estime utiles, crédibles et dignes de foi » (al. 69.4(3)c)). Les motifs écrits de la décision relative à un appel en vertu de l’art. 70 ou 71 doivent être fournis lorsqu’ils sont demandés par l’une des parties à l’appel (par. 69.4(5)). Comme en matière de sursis, le législateur n’a pas prévu des garanties procédurales semblables pour les décisions du ministre.

En outre, les pouvoirs de réparation de la S.A.I. sont très souples. En vertu du par. 73(1) de la Loi, la S.A.I. peut statuer sur un appel interjeté en vertu de l’art. 70 de trois façons : en l’accueillant; en le rejetant; ou en exerçant sa compétence d’équité en vertu des al. 70(1)b) et 70(3)b) pour ordonner le sursis à l’exécution de la mesure. Lorsqu’une mesure de renvoi est annulée, la S.A.I. a le pouvoir de prendre toute autre mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel qui aurait dû être prise (par. 74(1)). Lorsqu’une mesure de renvoi est suspendue, la S.A.I. peut imposer les conditions qu’elle estime appropriées et réexaminer le cas de temps en temps selon ce qu’elle juge nécessaire (par. 74(2)). La S.A.I. peut annuler ou modifier un sursis à tout moment (par. 74(3)). Lorsque le sursis est annulé, l’appel doit être rejeté ou accueilli, mais la S.A.I. conserve son pouvoir en vertu du par. 74(1) de remplacer la mesure de renvoi par une autre.

La S.A.I. peut aussi rouvrir un appel avant l’exécution de la mesure de renvoi et, si elle l’estime approprié, exercer son pouvoir discrétionnaire d’une autre manière. C’est pour cela que notre Cour a dit que la S.A.I. conservait toujours son pouvoir discrétionnaire : *Grillas*, précité, p. 582, le juge Abbott, et p. 590, le juge Martland. Comme Lorne Waldman le dit dans *Immigration Law and Practice* (éd. feuilles mobiles), § 10.133.7 :

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que la section d’appel conserve sa compétence sur l’appelant jusqu’à l’exécution de la mesure de renvoi. Dans ce cas, il ne paraît y avoir aucune raison de conclure que la section d’appel [ne peut pas] déterminer par la suite si elle doit

47

48

whether or not to reopen an appeal to consider issues related to the impact of removal to a specific country on the appellant.

rouvrir un appel pour examiner l'effet du renvoi vers un pays particulier sur l'appellant.

49

It is within this general scheme that the alternative suggestions made by the Minister as to where foreign hardship should be considered must be evaluated. Essentially, the Minister submits that the scheme of the Act favours considering foreign hardship by seeking judicial review of the Minister's decision as to the country of removal, made under s. 52 of the Act, or by seeking a Minister's permit under s. 114(2) of the Act to exempt the individual from removal due to foreign hardship concerns. In either of these ways, foreign hardship can be considered after the Minister has made her decision regarding the country of removal.

C'est dans ce cadre général qu'il faut évaluer les arguments subsidiaires du ministre quant au moment de l'examen des difficultés à l'étranger. Le ministre soutient essentiellement que l'économie de la Loi milite en faveur de l'examen des difficultés à l'étranger soit par voie de demande de contrôle judiciaire de la décision prise en vertu de l'art. 52 de la Loi par le ministre relativement au pays de destination soit par voie de demande de permis du ministre, en vertu du par. 114(2) afin de dispenser l'individu du renvoi en raison de difficultés possibles à l'étranger. D'une manière ou de l'autre, les difficultés à l'étranger peuvent être prises en considération après que le ministre a pris sa décision relativement au pays de destination.

50

In my opinion, these alternative avenues of redress are not the ideal way for foreign hardship concerns to be taken into account. They need be resorted to only in cases where the I.A.D. cannot consider potential foreign hardship — either because a likely country of removal has not been established, because the I.A.D. has lost jurisdiction (i.e. pursuant to ss. 70(5) or 81 of the Act), or because the country of removal changed after the s. 70(1)(b) appeal hearing. Furthermore, I do not believe that allowing the I.A.D. to take foreign hardship into account under s. 70(1)(b) interferes with the Minister's jurisdiction under s. 52, with regard to the selection of the country of removal. I will now explain why I have reached these conclusions.

À mon avis, ces autres voies de recours ne sont pas la meilleure façon de prendre en considération la question des difficultés à l'étranger. Ils ne sont nécessaires que dans les cas où la S.A.I. n'est pas en mesure d'examiner les difficultés possibles à l'étranger, soit parce qu'aucun pays de destination probable n'a été établi, soit parce que la S.A.I. a perdu compétence (c.-à-d., en vertu du par. 70(5) ou de l'art. 81), soit parce que le pays de destination a changé après l'audition de l'appel en vertu de l'al. 70(1)b). En outre, je ne crois pas que permettre à la S.A.I. de tenir compte des difficultés à l'étranger sous le régime de l'al. 70(1)b) empiète sur le pouvoir du ministre en vertu de l'art. 52 de choisir le pays de destination. J'explique maintenant pourquoi j'en suis venu à ces conclusions.

(ii) Section 52 of the Act

(ii) L'article 52 de la Loi

51

Section 52 of the Act controls the country of removal, which can be selected by the individual being removed, subject to the Minister's approval, or by the Minister, which is the usual occurrence. In practice, the Minister usually makes the s. 52 decision by having an enforcement officer book travel arrangements for the individual being removed. There is no other administrative procedure in place by which a s. 52 decision is made, or by which a s. 52 decision can be contested by the individual

L'article 52 de la Loi porte sur le pays de destination, qui peut être choisi par l'individu renvoyé, sous réserve de l'approbation du ministre, ou par le ministre, ce qui se produit habituellement. Dans les faits, le ministre prend habituellement la décision visée par l'art. 52 en chargeant un agent d'exécution de prendre les dispositions de voyage pour l'individu renvoyé. Hormis la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre, aucune autre procédure administrative n'est prévue pour la prise

being removed, beyond seeking judicial review of the Minister's decision. I note, however, that the judicial review of a s. 52 decision is very limited in scope: *Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 468 (T.D.).

When a removal order is made, the traditional practice is that a decision regarding the country of removal is made by the Minister pursuant to s. 52 of the Act after the I.A.D. has dismissed an appeal. However, as was conceded by the Minister in oral argument, there is no statutory requirement that this be the case. The Minister can select the country of removal at any time after "an exclusion order or a deportation order is made" (s. 52(1)). The only legislative direction with regard to timing is contained in s. 48 of the Act, which instructs the Minister to execute a removal order "as soon as reasonably practicable" after it is made, or after any stays have been lifted. But s. 48 deals only with the timing of the execution of removal orders, not the selection of a country of removal. If the Minister is concerned about maintaining the ability to exercise her jurisdiction to decide the country of removal in every case, she is free to make the s. 52 decision prior to the I.A.D. hearing.

In any event, there is no legal impediment to the Minister making a submission to the I.A.D. at the time of the appeal regarding the likely country of removal. The Minister is always a party to an appeal under s. 70(1)(b). The intervener I.R.B. points out that the Minister has made such submissions on many occasions in the past. In addition, the country of removal for a permanent resident who is not a refugee will rarely be one other than the individual's country of nationality or citizenship. Counsel for the appellant and for the intervener I.R.B. argued that, when the appeal involves a non-refugee, approximately 90 percent of the time the country of removal is is known at the time the s. 70(1)(b) appeal is heard. The Minister conceded in oral argument that the correct figure was "a very high percentage". That this is the case is not surprising, given that the only country usually willing to take an individual being removed is the country that is legally obliged to take them — that of which the individual

de la décision visée par l'art. 52 ou sa contestation par l'individu renvoyé. Je souligne toutefois que le contrôle judiciaire d'une décision visée par l'art. 52 a une portée très limitée : *Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 468 (1^{re} inst.).

Lorsqu'une mesure de renvoi est prise, la pratique traditionnelle est que le ministre décide du pays de destination en vertu de l'art. 52 après le rejet de l'appel par la S.A.I. Toutefois, le ministre a admis au cours des débats que ce n'est pas une exigence de la loi. Le ministre peut choisir le pays de destination à tout moment après la prise « d'une mesure d'exclusion ou d'une mesure d'expulsion » (par. 52(1)). La seule mention temporelle figure à l'art. 48 de la Loi, qui prescrit que le ministre doit exécuter la mesure de renvoi « dès que les circonstances le permettent » après qu'elle a été prise ou après la levée du sursis. Mais l'art. 48 porte seulement sur le moment de l'exécution des mesures de renvoi, et non sur le choix du pays de destination. Si le ministre se soucie du maintien de sa capacité d'exercer son pouvoir de choisir le pays de renvoi dans tous les cas, il est libre de prendre la décision visée par l'art. 52 avant l'audience de la S.A.I.

De toute manière, rien n'empêche en droit le ministre de présenter des arguments à la S.A.I. relativement au pays de destination probable lors de l'appel. Le ministre est toujours partie aux appels prévus à l'al. 70(1)(b). L'intervenante C.I.S.R. souligne que le ministre a souvent présenté de tels arguments dans le passé. De plus, le pays de destination pour un résident permanent qui n'est pas un réfugié est rarement un pays autre que le pays dont il est le ressortissant. L'avocat de l'appellant et celui de l'intervenante C.I.S.R. ont soutenu que lorsque l'appel met en cause un non-réfugié, le pays de destination est connu dans environ 90 p. 100 des cas à l'audition de l'appel prévu à l'al. 70(1)(b). Le ministre a admis dans les débats que la proportion exacte était [TRADUCTION] « un pourcentage très élevé ». Cela n'est pas surprenant étant donné qu'habituellement le seul pays à accepter de recevoir un individu renvoyé est le pays légalement tenu de le faire — celui dont l'individu est le ressortissant : voir la décision

52

53

is a national or citizen: see Reed J.'s decision in *Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 F.C. 501 (T.D.), at p. 506.

du juge Reed dans *Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 C.F. 501 (1^{re} inst.), p. 506.

54

This explains why the option of voluntary departure under s. 52 will not be realistic for many individuals facing removal. Voluntary departure is dependent on an individual finding a suitable country willing to accept him or her. When an individual has criminal convictions, this will be particularly difficult. As Waldman points out, *supra*, at §10.133.4, "this remedy will, in most cases, be more apparent than real, because it will usually be extremely difficult for a person who has been ordered deported from Canada to gain admission to any country other than the country of his or her nationality". I point this out for two reasons. First, to illustrate that voluntary departure will not usually be an option available to a permanent resident facing removal who has foreign hardship concerns. And second, to further confirm that the likely country of removal will usually be known at the time the s. 70(1)(b) appeal is heard.

Cela explique pourquoi l'option du départ volontaire prévu par l'art. 52 n'est pas réaliste pour de nombreux individus faisant face au renvoi. Le départ volontaire dépend de la capacité d'un individu de trouver un pays adéquat prêt à l'accepter. Lorsqu'un individu a un casier judiciaire, cela est particulièrement difficile. Comme Waldman le souligne, *op. cit.*, § 10.133.4, [TRADUCTION] « dans la plupart des cas, cette réparation est plus apparente que réelle parce qu'il est habituellement extrêmement difficile pour une personne frappée d'expulsion du Canada d'être admise dans un pays autre que celui de sa nationalité ». Je souligne cela pour deux raisons. Premièrement, cela illustre le fait que le départ volontaire n'est habituellement pas une option dont bénéficie un résident permanent frappé de renvoi qui craint des difficultés à l'étranger. Deuxièmement, cela confirme de nouveau que le pays de renvoi probable est généralement connu lors de l'audition de l'appel en vertu de l'al. 70(1)(b).

55

I also do not believe that allowing the I.A.D. to take foreign hardship into account under s. 70(1)(b) interferes with the Minister's jurisdiction to decide the country of removal. If the I.A.D. decides to quash or stay a removal order, it does not interfere with the Minister's jurisdiction under s. 52, because there is no longer a removal order in place for which a s. 52 decision needs to be made. In other words, the Minister's jurisdiction to decide the country of removal becomes inoperative when a removal order is quashed or stayed, as there is no longer anyone to remove. While the Act does not prevent the Minister from making the s. 52 decision prior to the hearing of the s. 70(1)(b) appeal, if the Minister decides to wait until after the hearing to make a decision under s. 52, she runs the risk of losing jurisdiction to make that decision because there will no longer be anyone to remove. In my opinion, this was the intended scheme of the Act. I therefore see no reason why s. 52 should prevent the I.A.D. from considering foreign hardship in the

Je ne crois pas non plus que permettre à la S.A.I. de tenir compte des difficultés à l'étranger sous le régime de l'al. 70(1)(b) empiète sur le pouvoir du ministre de choisir le pays de destination. Si la S.A.I. décide d'annuler ou de suspendre une mesure de renvoi, il n'y a pas d'entrave au pouvoir conféré au ministre par l'art. 52 parce qu'il n'y a plus de mesure de renvoi exigeant une décision en vertu de l'art. 52. En d'autres termes, le pouvoir du ministre de choisir le pays de destination devient inopérant lorsqu'une mesure de renvoi est annulée ou suspendue car il n'y a plus personne à renvoyer. La Loi n'empêche pas le ministre de prendre la décision visée par l'art. 52 avant l'audition de l'appel interjeté en vertu de l'al. 70(1)(b), mais s'il décide d'attendre après l'audition pour prendre sa décision, il prend le risque de perdre le pouvoir de le faire parce qu'il n'y aura plus personne à renvoyer. Je suis d'avis que telle est l'intention de la Loi. Je ne vois donc aucune raison pour laquelle l'art. 52 empêcherait la S.A.I. de considérer les difficultés dans le

likely country of removal when hearing an appeal under s. 70(1)(b).

Before turning to the Minister's arguments with respect to s. 114(2), I wish to add some brief comments regarding the correct procedure to be followed during a s. 70(1)(b) appeal. First, the onus is on a permanent resident facing removal to establish the likely country of removal, on a balance of probabilities. It is only in those cases where the Minister disagrees with an individual's submissions as to the likely country of removal that the Minister would need to make submissions as to why some other country is the likely country of removal, or as to why a likely country of removal cannot yet be determined. This would be the case, for instance, where the Minister is involved in negotiations with a country other than an individual's country of nationality or citizenship with regard to accepting that individual.

Second, in appeals under the I.A.D.'s discretionary jurisdiction, the onus has always been on the individual facing removal to establish why he or she should be allowed to remain in Canada. If the onus is not met, the default position is removal. Non-citizens do not have a right to enter or remain in Canada: *Chiarelli, supra*, at p. 733, *per* Sopinka J. See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 189, *per* Wilson J.; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 834, *per* La Forest J.; and *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1070. In general, immigration is a privilege not a right, although refugees are protected by the guarantees provided by the 1951 *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6, entered into force April 22, 1954, entered into force for Canada September 2, 1969 (the "1951 Geneva Convention"), and the *Protocol relating to the Status of Refugees*, 606 U.N.T.S. 267, entered into force October 4, 1967, entered into force in Canada June 4, 1969. As Martland J. stated for this Court in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, at p. 380, a removal order "establishes that, in the absence of some special privilege existing, [an individual subject to a lawful

pays de destination probable lorsqu'elle entend un appel interjeté en vertu de l'al. 70(1)(b).

Avant d'aborder les arguments avancés par le ministre relativement au par. 114(2), je désire ajouter quelques brefs commentaires sur la procédure à suivre dans un appel en vertu de l'al. 70(1)(b). Premièrement, il incombe au résident permanent frappé de renvoi d'établir selon la prépondérance des probabilités le pays de renvoi probable. C'est seulement dans les cas de désaccord avec les arguments d'un individu relativement au pays de destination probable que le ministre doit expliquer pourquoi un autre pays est le pays de destination probable ou pourquoi on ne peut pas encore déterminer ce pays. Cela serait le cas, par exemple, lorsque le ministre négocie avec un pays autre que le pays dont l'individu est le ressortissant pour qu'il accepte de le recevoir.

Deuxièmement, dans les appels relevant de la compétence discrétionnaire de la S.A.I., il a toujours été à la charge de l'individu frappé de renvoi d'établir les raisons pour lesquelles il devrait être autorisé à demeurer au Canada. S'il ne s'acquitte pas de cette charge, la mesure prise par défaut est le renvoi. Les non-citoyens n'ont pas de droit d'entrer ou de s'établir au Canada : *Chiarelli*, précité, p. 733, le juge Sopinka. Voir aussi *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 189, le juge Wilson; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 834, le juge La Forest; et *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1070. En règle générale, l'immigration est un privilège, et non un droit, quoique les réfugiés soient protégés par les garanties de la *Convention relative au statut des réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, de 1951 (« *Convention de Genève de 1951* »), entrée en vigueur le 22 avril 1954, et mise en vigueur au Canada le 2 septembre 1969, et le *Protocole relatif au Statut des Réfugiés*, 606 R.T.N.U. 267, entré en vigueur le 4 octobre 1967, et mis en vigueur au Canada le 4 juin 1969. Le juge Martland, au nom de la Cour, dit dans *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, p. 380, qu'une mesure de renvoi « établit que, s'il

56

57

removal order] has no right whatever to remain in Canada. [An individual appealing a lawful removal order] does not, therefore, attempt to assert a right, but, rather, attempts to obtain a discretionary privilege.”

ne peut bénéficier d’aucun privilège particulier, [l’individu faisant appel d’une mesure de renvoi légitime] n’a aucun droit à demeurer au Canada. Par conséquent, [l’intéressé] ne cherche pas à faire reconnaître un droit, mais il tente plutôt d’obtenir un privilège discrétionnaire. »

58

Finally, I note that the likely country of removal will often not be ascertainable for Convention refugees because s. 53 of the Act prohibits their removal “to a country where the person’s life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”, unless the individual falls within particular enumerated classes and the Minister is of the opinion that the individual constitutes a danger to the public in Canada (s. 53(1)(a), (c) and (d)) or a danger to the security of Canada (s. 53(1)(b)). Section 53 implements Canada’s international commitment under Article 33 of the 1951 Geneva Convention to protect against *refoulement*, the principle of international law which requires that no state shall return a refugee to a country where his or her life or freedom may be endangered, except where a refugee is a danger to national security or a danger to the community in the host state. As a result, most Convention refugees cannot be removed to their country of nationality or citizenship, but often no other country will be obliged or willing to accept them. In such cases, there will be no likely country of removal at the time of the appeal and the I.A.D. cannot therefore consider foreign hardship.

Enfin, je note que souvent on ne pourra pas déterminer le pays de destination probable dans le cas d’un réfugié au sens de la Convention parce que l’art. 53 de la Loi interdit le renvoi « dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques » à moins d’appartenir à une catégorie non admissible et, selon le ministre, de constituer un danger pour le public au Canada (al. 53(1)a, c) et d)) ou un danger pour la sécurité du Canada (al. 53(1)b)). L’article 53 met en œuvre les engagements internationaux du Canada en vertu de l’article 33 de la *Convention de Genève de 1951* de protection contre le refoulement, le principe de droit international exigeant de l’État de ne pas renvoyer un réfugié dans un pays où sa vie ou sa liberté serait en danger, sauf lorsque le réfugié est un danger pour la sécurité nationale ou un danger pour la collectivité du pays hôte. Par conséquent, la plupart des réfugiés au sens de la Convention ne peuvent pas être renvoyés vers le pays dont ils sont les ressortissants mais, souvent, aucun autre pays ne sera obligé ou désireux de les accepter. Dans de tels cas, il n’y a aucun pays de destination probable au moment de l’appel, de sorte que la S.A.I. ne peut pas considérer les difficultés à l’étranger.

59

In contrast, permanent residents who are not Convention refugees have no explicit statutory protection against removal to a state where they believe their life or freedom would be threatened (although they have *Charter* protections against return to certain conditions: see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1). This illustrates that there is no need to have absolute consistency between how permanent residents who are not refugees are dealt with under the Act and how Convention refugees are dealt with. In fact, the Act treats citizens differently from permanent residents, who in turn are treated differently

Par opposition, les résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention ne jouissent d’aucune protection légale expresse contre le renvoi vers un État où ils croient que leur vie ou leur liberté serait menacée, quoique la *Charte* leur confère des garanties contre le retour vers certaines situations : voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1. Cela démontre qu’il n’est pas indispensable d’avoir une uniformité absolue entre la façon dont la Loi traite les résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés et les réfugiés au sens de la Convention. En fait, la Loi traite les citoyens

from Convention refugees, who are treated differently from individuals holding visas and from illegal residents. It is an important aspect of the statutory scheme that these different categories of individuals are treated differently, with appropriate adjustments to the varying rights and contexts of individuals in these groups. I need only point out that permanent residents have rights under both the *Charter* and the Act that other non-citizens do not, including mobility rights under s. 6(2) of the *Charter* and the right to sponsor individuals to come to Canada under s. 6(2) of the Act.

(iii) Section 114(2) of the Act

This brings us to the Minister's argument that foreign hardship is more appropriately considered under an application for a Minister's permit under s. 114(2), which would be made after the s. 52 decision as to the country of removal has been made. I disagree with this position, at least in those cases where a likely country of removal can be established before the I.A.D. For ease of reference, s. 114(2) is repeated here:

114. . . .

(2) [Exemption from regulations] The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

First, I note that this provision is generally used by the Minister to facilitate entry to Canada, not to prevent removal from Canada. As L'Heureux-Dubé J. stated for a majority of this Court in *Baker, supra*, at para. 1:

Regulations made pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, empower the respondent Minister to facilitate the admission to Canada of a person where the Minister is satisfied, owing to

différemment des résidents permanents, qui à leur tour sont traités différemment des réfugiés au sens de la Convention, lesquels sont traités différemment des détenteurs de visas et des résidents illégaux. C'est un aspect important du régime législatif que différentes catégories de personnes soient traitées différemment, avec les adaptations voulues selon les différents droits et les différentes situations des personnes faisant partie de ces groupes. Il suffit de souligner que les résidents permanents ont des droits en vertu de la *Charte* et de la Loi que les autres non-citoyens n'ont pas, notamment la liberté de circulation et d'établissement garantie par le par. 6(2) de la *Charte* et le droit de parrainer des individus en vue de leur admission au Canada en vertu du par. 6(2) de la Loi.

(iii) Le paragraphe 114(2) de la Loi

Ceci nous amène à l'argument du ministre selon lequel il vaut mieux examiner les difficultés à l'étranger dans le cadre d'une demande de permis du ministre visée au par. 114(2), laquelle est faite après la décision prise en vertu de l'art. 52 sur le pays de destination. Je ne suis pas d'accord, à tout le moins pour les cas où il est possible d'établir le pays de destination probable devant la S.A.I. Pour faciliter la lecture, je cite de nouveau le par. 114(2) :

114. . . .

(2) [Règlements] Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l'admission de toute autre manière.

Premièrement, je note que cette disposition est généralement utilisée par le ministre pour faciliter l'entrée au Canada, et non pour empêcher le renvoi du Canada. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé au nom de la majorité de la Cour au par. 1 de *Baker*, précité :

Le règlement passé en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, autorise le ministre intimé à faciliter l'admission au Canada d'une personne quand il est convaincu, pour des raisons

humanitarian and compassionate considerations, that admission should be facilitated or an exemption from the regulations made under the Act should be granted. [Emphasis added.]

61

A waiver granted under s. 114(2) is referred to as a Minister's permit. Although a decision under s. 114(2) is officially made by the Minister, in practice, and like a ministerial decision under s. 52 of the Act, the decision is dealt with in the name of the Minister by immigration officers: see *Baker*, at para. 15, and *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 569. Most commonly, s. 114(2) is used to exempt persons already in Canada who wish to apply for landing from within the country and therefore must obtain a waiver from the normal requirement to obtain an immigrant visa outside Canada. This was the situation applicable to Mavis Baker in *Baker, supra*. Ms. Baker lived illegally in Canada for 11 years as a domestic worker before a removal order was made against her. She then applied to the Minister for an exemption from the requirement to apply for permanent residence outside Canada, based upon humanitarian and compassionate considerations, pursuant to s. 114(2) of the Act. As the intervenor I.R.B. points out, s. 114(2) must be relied on by illegal residents who wish to remain in Canada when a removal order has been made against them because such individuals do not have a right to appeal to the I.A.D. Essentially, s. 114(2) is the only recourse provided by the Act for such individuals.

62

However, the Minister argues in this appeal that s. 114(2) can also be used by permanent residents who have recently lost their permanent resident status pursuant to s. 24(1)(b) of the Act as a result of the I.A.D. upholding a removal order made against them. The argument is that such individuals could then apply to be "reinstated" as permanent residents by the Minister based on humanitarian and compassionate considerations. In this way, potential foreign hardship would be considered by the Minister under s. 114(2) after the s. 52 decision as to country of removal has been made, rather than by the I.A.D. under s. 70(1)(b) prior to the s. 52 decision. Linden J.A. accepted this argument in the court below.

d'ordre humanitaire, que l'admission devrait être facilitée ou qu'une dispense d'application des règlements passés aux termes de la Loi devrait être accordée. [Je souligne.]

On appelle permis du ministre une dispense accordée en vertu du par. 114(2). Même si la décision visée par le par. 114(2) est officiellement prise par le ministre, elle est prise en pratique au nom du ministre par des agents d'immigration, tout comme la décision ministérielle visée par l'art. 52 de la Loi : voir *Baker*, par. 15, et *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565, p. 569. Le plus souvent, le par. 114(2) sert à dispenser des personnes qui sont déjà au Canada et désirent faire une demande de droit d'établissement de l'obligation d'obtenir un visa d'immigrant hors du Canada. C'était la situation dans *Baker*, précité. M^{me} Mavis Baker vivait illégalement au Canada depuis 11 ans en tant que domestique quand une mesure de renvoi a été prise contre elle. Elle a demandé au ministre une dispense de l'obligation de faire une demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire en vertu du par. 114(2) de la Loi. Comme le souligne l'intervenante C.I.S.R., les résidents illégaux frappés d'une mesure de renvoi qui désirent demeurer au Canada doivent s'appuyer sur le par. 114(2) parce qu'ils n'ont aucun droit d'appel auprès de la S.A.I. Essentiellement, le par. 114(2) est leur seul recours légal.

Le ministre soutient toutefois que le par. 114(2) peut aussi être invoqué par les résidents permanents qui ont récemment perdu leur statut aux termes de l'al. 24(1)(b) de la Loi en raison de la confirmation par la S.A.I. de la mesure de renvoi prise contre eux. Selon cet argument, ils peuvent alors demander d'être « réintégrés » comme résidents permanents par le ministre pour des raisons d'ordre humanitaire. De cette manière, les difficultés possibles à l'étranger seraient prises en considération par le ministre sous le régime du par. 114(2), après la décision visée par l'art. 52 relativement au pays de destination, plutôt que par la S.A.I. sous le régime de l'al. 70(1)(b) avant la décision visée par l'art. 52. Le juge Linden a accepté cet argument en Cour d'appel.

But as Waldman, *supra*, asks at § 10.133.3:

Can a person who has been admitted to Canada as a permanent resident and who has had that status removed as a result of ministerial action, but who has not yet been deported from Canada, seek to be granted the very status which has so recently been removed from him or her? Can a permanent resident under a deportation order seek and be granted landing prior to the deportation order being executed?

In my opinion, this was not the intended role of s. 114(2) within the scheme of the Act, at least as a matter of general recourse. The scheme of the Act does not support the view that a s. 114(2) application could be made by every individual being removed from Canada. Instead, the Act provides for the I.A.D. to deal with the majority of issues surrounding the removal of individuals from Canada, absent the I.A.D. losing jurisdiction because an individual has been determined to be a danger to the public or a threat to national security. Without foreclosing the operation of s. 114(2) in other circumstances, I conclude that there is no need to resort to it in this case. Provided a permanent resident is able to establish a likely country of removal during the s. 70(1)(b) appeal, the I.A.D. should be able to consider potential foreign hardship when deciding whether to quash or stay the removal order.

To summarize, the scheme of the Act reveals that an appeal to the I.A.D. under s. 70(1)(b) is the most appropriate place for a permanent resident facing removal from Canada to have foreign hardship taken into account. A harmonious reading of the scheme of the Act reveals that all relevant considerations should be considered by the I.A.D. whenever possible. It is only when it is not possible for the I.A.D. to consider potential foreign hardship that other provisions of the Act need be resorted to. These alternative provisions are not as robust as a hearing before the I.A.D. The judicial review of a s. 52 decision provides only narrow grounds for review, and an application to the Minister under s. 114(2) is essentially a plea to the executive branch for special consideration which is not even explicitly envisioned by the Act. Furthermore, the Act does not provide an automatic stay of the removal order

Waldman pose toutefois la question suivante (*op. cit.*, § 10.133.3) :

[TRADUCTION] Une personne admise au Canada en tant que résident permanent qui perd ce statut par voie d'acte ministériel mais qui n'a pas encore été expulsée, peut-elle demander le statut qui lui a été retiré si récemment? Un résident permanent faisant l'objet d'une mesure d'expulsion peut-il demander et obtenir le droit d'établissement avant l'exécution de la mesure?

À mon avis, ce n'était pas le rôle prévu pour le par. 114(2) dans l'économie générale de la Loi, du moins pas en tant que recours général. L'économie de la Loi n'appuie pas l'opinion que tout individu renvoyé du Canada peut faire une demande en vertu du par. 114(2). La Loi prévoit plutôt que la S.A.I. tranche la majorité des questions entourant le renvoi d'individus du Canada sauf dans les cas où elle perd compétence parce qu'une personne a été jugée constituer un danger pour le public ou une menace à la sécurité nationale. Sans écarter l'application du par. 114(2) dans d'autres circonstances, je conclus qu'il n'y a pas lieu d'y recourir en l'espèce. Pourvu que le résident permanent réussisse à établir un pays de destination probable lors de l'appel en vertu de l'al. 70(1)(b), la S.A.I. doit pouvoir examiner les difficultés possibles à l'étranger pour décider si elle doit annuler la mesure de renvoi ou y surseoir.

En résumé, l'économie générale de la Loi indique que l'appel devant la S.A.I., en vertu de l'al. 70(1)(b), est le moment le plus approprié pour un résident permanent frappé de renvoi de faire valoir les difficultés à l'étranger. L'interprétation cohérente du régime de la Loi indique que la S.A.I. doit examiner toutes les considérations pertinentes chaque fois que cela est possible. C'est seulement lorsque la S.A.I. ne peut pas examiner les difficultés possibles à l'étranger qu'il y a lieu de recourir aux autres dispositions de la Loi. Ces autres dispositions ne sont pas aussi fortes qu'une audience devant la S.A.I. Le contrôle judiciaire d'une décision prise en vertu de l'art. 52 ne comporte que des motifs de révision limités et la demande faite au ministre en vertu du par. 114(2) est essentiellement un plaidoyer auprès de l'exécutif en vue d'obtenir un traitement spécial qui n'est même pas explicitement envisagé par la Loi. En

when either of these alternative routes is pursued, as it does for appeals before the I.A.D. For all of these reasons, the scheme of the Act favours allowing the I.A.D., a specialized tribunal with ample procedural protections, to take foreign hardship factors into account whenever a likely country of removal has been established.

3. Object and Intention

65 Turning to object and intention, I conclude that both the object of the Act and the intention of Parliament support such a reading of s. 70(1)(b). The object of the Act is to create a comprehensive administrative scheme to deal with immigration issues in Canada. Under this administrative scheme, Parliament has given certain powers to the I.R.B. and certain powers to the Minister, with a limited supervisory role to be played by the courts. The role of this Court in this appeal is to ensure that Parliament's intended division of powers is respected, in accordance with the controlling legislation.

66 Parliament intended the I.A.D. to have a broad discretion to allow permanent residents facing removal to remain in Canada if it would be equitable to do so. This is apparent from the open-ended wording of s. 70(1)(b), which does not enumerate any specific factors to be considered by the I.A.D. when exercising its discretion under this provision. The ability to quash or stay removal orders based on ameliorating or compassionate factors was granted to the I.A.D. partially as a result of the removal of the domicile provisions from the Act in 1977. The object of s. 70(1)(b) is to give the I.A.D. the discretion to determine whether a permanent resident should be removed from Canada. This is, admittedly, an unusual provision in that it gives the I.A.D. considerable discretionary power in dealing with the removal of permanent residents. But granting this discretionary power was a decision of Parliament. If Parliament is now concerned that such a broad grant of administrative discretion has been made, it is open to Parliament to amend the legislation.

outre, la Loi ne prévoit aucun sursis automatique de la mesure de renvoi lorsque ces recours sont exercés comme elle le fait pour les appels interjetés auprès de la S.A.I. Pour toutes ces raisons, l'économie de la Loi milite en faveur d'autoriser la S.A.I., un tribunal spécialisé muni d'importantes protections procédurales, de tenir compte des facteurs relatifs aux difficultés à l'étranger lorsqu'un pays de destination probable a été établi.

3. L'objet et l'intention

À mon avis, tant l'objet de la Loi que l'intention du législateur appuient cette interprétation de l'al. 70(1)b). L'objet de la Loi est de créer un régime administratif complet de l'immigration au Canada. Par ce régime administratif, le législateur a donné certains pouvoirs à la C.I.S.R. et certains autres au ministre, les tribunaux devant jouer un rôle de surveillance limité. Le rôle de la Cour en l'espèce est de voir à ce que le partage des pouvoirs voulu par le législateur soit respecté, conformément à la loi habitante.

Le législateur voulait que la S.A.I. ait un vaste pouvoir discrétionnaire d'autoriser des résidents permanents faisant face au renvoi de demeurer au Canada s'il était équitable de le faire. Cela ressort de la formulation non limitative de l'al. 70(1)b), qui n'énumère aucun facteur précis dont la S.A.I. doit tenir compte lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il confère. La capacité d'annuler et de suspendre les mesures de renvoi pour des raisons de clémence et d'ordre humanitaire a été accordée à la S.A.I. en partie parce que les dispositions relatives au domicile ont été retirées de la Loi en 1977. L'objet de l'al. 70(1)b) est de donner à la S.A.I. le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un résident permanent doit être renvoyé du Canada. Il faut admettre que c'est une disposition inusitée puisqu'elle confère à la S.A.I. un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de renvoi de résidents permanents. Mais c'est le législateur qui a décidé de conférer ce pouvoir discrétionnaire. S'il est préoccupé par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire administratif si large, il lui est loisible de modifier la loi.

It would be inconsistent with these objectives for this Court to narrow the I.A.D.'s discretionary jurisdiction under s. 70(1)(b), and thereby leave foreign hardship concerns to be considered only by the Minister under s. 52 or a s. 114(2) application, or by the courts on either an application for judicial review of a s. 52 or s. 114(2) decision or an independent *Charter* action. Such a bifurcation of the administrative process was not envisioned by Parliament, as evidenced by the absence of procedural provisions and statutory stays for such proceedings, and would result in unnecessary complexity and confusion in the administrative scheme. One of the objects of the Act is to streamline immigration proceedings in Canada, while providing full protection for *Charter* and common law rights.

In *Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation*, *supra*, the Minister expressed a commitment to reduce delays and "multiple decision layers" in the immigration appeal system (p. 52). I therefore believe that it is consistent with the object of the Act to avoid the bifurcation of the removal appeal process whenever possible. Bifurcation need be resorted to only in those cases where the I.A.D. is unable to consider potential foreign hardship. As a matter of policy and statutory design, the bifurcation in such cases will not be ideal. However, such shortcomings are not for this Court to remedy, absent the establishment of an unjustifiable *Charter* violation, which has not been argued in this case.

Parliament has equipped the I.A.D. with all of the tools necessary to ensure that the requirements of natural justice are met when removing individuals from Canada, including providing for an oral hearing, the calling and cross-examination of witnesses, the tendering of evidence, the giving of reasons (when requested), and a right to seek judicial review of the I.A.D.'s decision (during which time the statutory stay of the removal order is in place). That these procedures are designed to meet the requirements of natural justice can be inferred from

Il serait incompatible avec ces objectifs que notre Cour restreigne le pouvoir discrétionnaire conféré à la S.A.I. par l'al. 70(1)b) et laisse l'examen des difficultés à l'étranger au ministre seulement, dans le cadre de l'art. 52 ou d'une demande en vertu du par. 114(2), et aux tribunaux, dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision prise en application de l'art. 52 ou du par. 114(2) ou dans le cadre d'une action distincte fondée sur la *Charte*. Un tel détour dans le processus administratif n'était pas envisagé par le législateur, comme le démontre l'absence de dispositions procédurales et de sursis légal pour de telles procédures, et donnerait lieu à un régime administratif inutilement complexe et confus. L'un des objets de la Loi est de rationaliser les procédures d'immigration au Canada tout en protégeant pleinement les droits garantis par la *Charte* et la common law.

Dans *De solides assises pour le 21^e siècle : Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés*, *op. cit.*, le ministre a exprimé son engagement à réduire les retards et les « multiples niveaux de décision » dans le processus d'appel de l'immigration (p. 51). J'estime donc qu'il est compatible avec l'objet de la Loi d'éviter là où cela est possible ce type de détour dans le processus d'appel des renvois. Il ne faut y recourir que dans les cas où la S.A.I. ne peut pas examiner les difficultés possibles à l'étranger. Sur le plan des principes et des objectifs visés par la loi, ce détour n'est pas idéal dans de tels cas. Cependant, il n'appartient pas à notre Cour de remédier à ces lacunes en l'absence de violation injustifiable de la *Charte*, violation qui n'a pas été plaidée en l'espèce.

Le législateur a doté la S.A.I. de tous les outils nécessaires pour garantir le respect des exigences de la justice naturelle lors du renvoi d'individus du Canada, notamment en prévoyant une audience, la citation et le contre-interrogatoire de témoins, le dépôt d'éléments de preuve, le prononcé de motifs (lorsque cela est demandé) ainsi que le droit de demander le contrôle judiciaire de la décision de la S.A.I. (pendant lequel la loi prévoit le sursis de la mesure de renvoi). Le fait que ces procédures visent à respecter les exigences de la justice naturelle peut

67

68

69

Wilson J.'s statement in *Singh, supra*, at p. 199, that a hearing before the I.A.B., the I.A.D.'s predecessor, is "a quasi-judicial one to which full natural justice would apply". These procedures help ensure that any relevant *Charter* rights will be respected. Parliament did not give the Minister similar tools for making ss. 52 or 114(2) decisions, where no oral hearing is required, no witnesses can be called, and a statutory stay is not provided either pending the decision or if judicial review is sought.

être déduit de la déclaration du juge Wilson dans *Singh*, précité, p. 199, selon laquelle l'audience tenue devant la C.A.I., le prédécesseur de la S.A.I., est « de nature quasi judiciaire et assujettie à toutes les règles de justice naturelle ». Ces procédures facilitent le respect de tout droit applicable garanti par la *Charte*. Le législateur n'a pas fourni au ministre des outils semblables pour ses décisions en vertu de l'art. 52 et du par. 114(2), aucune audience n'étant requise, aucun témoin ne pouvant être cité et la loi ne prévoyant aucun sursis jusqu'à la décision ou l'issue du contrôle judiciaire.

70

As Cory J. stated, in dissent, in *Pushpanathan, supra*, at para. 157, when an individual faces removal from Canada:

... it would be unthinkable if there were not a fair hearing before an impartial arbiter to determine whether there are "substantial grounds for believing" that the individual to be deported would face a risk of torture, arbitrary execution, disappearance or other such serious violation of human rights. In light of the grave consequences of deportation in such a case, there must be an opportunity for a hearing before the individual is deported, and the hearing must comply with all of the principles of natural justice. As well, the individual in question ought to be entitled to have the decision reviewed to ensure that it did indeed comply with those principles.

The protections provided in relation to a s. 70(1)(b) appeal to the I.A.D. satisfy these requirements. While the Minister's decisions under ss. 52 and 114(2) may well accord with the requirements of natural justice in most cases, I am concerned that this will not always be the case. *Baker, supra*, is one example of an instance where the Minister's decision was procedurally deficient. It fell to this Court to clarify that the principles of natural justice guarantee certain rights to individuals who make a s. 114(2) application, including a right to make written submissions to the Minister's delegate who actually makes the decision, a right to receive brief reasons for the decision, and a right to an unbiased decision maker. However, it is clear that the procedural protections required may vary with the context of the case: *Singh, supra*, at p. 213, *per* Wilson J.; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights*

Comme le dit le juge Cory, dissident, dans *Pushpanathan*, précité, par. 157, lorsqu'un individu fait face au renvoi du Canada :

... il serait impensable qu'une audience équitable n'ait pas lieu devant un arbitre impartial pour déterminer s'il y a des « motifs sérieux de croire » que la personne visée par la mesure d'expulsion risque la torture, l'exécution arbitraire, la disparition ou une autre violation grave des droits de la personne. Vu la gravité des conséquences de l'expulsion dans un tel cas, l'intéressé doit avoir l'occasion d'être entendu avant son expulsion, et l'audience doit être tenue conformément aux principes de la justice naturelle. De même, l'intéressé a droit au contrôle judiciaire de la décision rendue pour s'assurer qu'elle est bien conforme à ces principes.

Les protections prévues relativement à l'appel devant la S.A.I. en vertu de l'al. 70(1)b) satisfont à ces exigences. Même si les décisions prises par le ministre en vertu de l'art. 52 et du par. 114(2) sont le plus souvent conformes aux exigences de la justice naturelle, je crains que cela ne soit pas toujours le cas. L'affaire *Baker*, précitée, est l'exemple d'un cas où la décision du ministre souffrait de lacunes sur le plan procédural. Il est revenu à notre Cour de préciser que les principes de la justice naturelle garantissent certains droits aux individus qui font une demande en vertu du par. 114(2), notamment le droit de présenter une argumentation écrite au délégué du ministre qui prend la décision, le droit de recevoir de brefs motifs de décision ainsi que le droit à un décideur impartial. Il est cependant clair que les protections procédurales requises peuvent varier selon le contexte de l'affaire : *Singh*, précité, p. 213, le juge Wilson; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361, le juge La Forest; *Syndicat des*

Commission), [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96, per Sopinka J.; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, per L'Heureux-Dubé J.; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882; and *Dehghani*, *supra*, at p. 1076.

When faced with the problem of a statute which can be read in two ways, one that accords with the principles of natural justice and one that does not, this Court has consistently adopted the interpretation that favours a fuller assurance that the requirements of natural justice will be met: *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, at p. 166, per Fauteux J.; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at p. 328, per Laskin C.J.; and *Singh*, *supra*, at p. 200, per Wilson J. Therefore, for the purposes of this appeal, a reading of the Act which allows permanent residents to have foreign hardship considered by the I.A.D., where a likely country of removal has been established, is preferable.

C. Precedent

Given the way the issue involved in this appeal arose, I wish to briefly review the cases relied on by the Federal Court to conclude that the I.A.D. cannot consider potential foreign hardship on an appeal under s. 70(1)(b). The debate surrounding the jurisdiction of the I.A.D. developed essentially because the factors stated by the I.A.B. in *Ribic*, *supra*, as being relevant to an appeal under s. 70(1)(b) were revisited by the Federal Court of Appeal beginning with *Hoang*, *supra*. This was a somewhat surprising development, given that the *Ribic* factors were applied for many years by the I.A.D. without objection by the Minister. All indications are that the system worked rather well.

The confusion that has now arisen appears to have its genesis in the decision of the I.A.B. in *Markl v. Minister of Employment and Immigration*,

employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879, p. 895-896, le juge Sopinka; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682, le juge L'Heureux-Dubé; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 882; et *Dehghani*, précité, p. 1076.

Face à une loi pouvant s'interpréter de deux façons possibles, l'une qui est conforme aux principes de la justice naturelle et l'autre qui ne l'est pas, la Cour a uniformément adopté l'interprétation qui assure mieux le respect des exigences de la justice naturelle : *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140, p. 166, le juge Fauteux; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, p. 328, le juge en chef Laskin; et *Singh*, précité, p. 200, le juge Wilson. Il est donc préférable, en l'espèce, d'interpréter la Loi comme permettant à la S.A.I. de tenir compte des difficultés à l'étranger dans le cas des résidents permanents frappés de renvoi lorsqu'un pays de destination probable a été établi.

C. Les précédents

Étant donné la manière dont s'est présenté le litige en l'espèce, je tiens à examiner brièvement les décisions en vertu desquelles la Cour fédérale a conclu que la S.A.I. ne pouvait pas tenir compte des difficultés possibles à l'étranger dans un appel en vertu de l'al. 70(1)(b). Le débat entourant la compétence de la S.A.I. a pris naissance essentiellement parce que les facteurs que la C.A.I. avait estimés pertinents dans *Ribic*, précité, pour les appels fondés sur l'al. 70(1)(b), ont été réexaminés par la Cour d'appel fédérale à commencer par l'arrêt *Hoang*, précité. Cette évolution est assez surprenante puisque les facteurs de la décision *Ribic* ont été appliqués pendant de nombreuses années par la S.A.I. sans opposition de la part du ministre. Tout indique que le régime fonctionnait plutôt bien.

La confusion qui se manifeste maintenant paraît tirer son origine de la décision de la C.A.I., *Markl c. Minister of Employment and Immigration*,

71

72

73

No. V81-6127, May 27, 1985, which was relied on in *Hoang, supra*, and consequently was also considered by the courts below in this case and in *Al Sagban, supra*. Markl was both a permanent resident and a Convention refugee. A removal order was made against him as the result of a series of criminal offences. Although a Convention refugee, Markl could have been removed to his country of nationality because his offence was sufficiently serious to bring him within the exception in s. 55(c) of the Act (now s. 53(1)). This provision allows Convention refugees who have committed a serious offence to be removed to a country where they may face persecution. The policy of the Canadian government at the time, however, was not to deport people to Czechoslovakia, Markl's country of nationality. The I.A.B. was therefore in the unusual position of knowing the likely country of removal but also knowing that Markl would not be deported there at that time. However, the I.A.B. declined to take judicial notice of the government policy in question because such policies change from time to time. As a result, it took into account the conditions Markl would face in Czechoslovakia in making its discretionary decision under s. 70(1)(b) — the fact that his parents were still there, that he spoke the language and had lived there until he was 18, and the fact that he would be jailed for 18 months for deserting if he was returned to Czechoslovakia. Weighing these factors along with the relevant domestic ones, it declined to exercise its discretionary jurisdiction in favour of allowing Markl to remain in the country.

n° V81-6127, 27 mai 1985, qui a été invoquée dans *Hoang* et qui a été examinée dans les décisions antérieures en l'espèce et dans l'affaire connexe *Al Sagban*, précité. Markl était à la fois un résident permanent et un réfugié au sens de la Convention. Une mesure de renvoi a été prise contre lui à la suite d'une série d'infractions criminelles. Bien que réfugié au sens de la Convention, Markl aurait pu être renvoyé vers son pays de nationalité parce que son infraction était assez grave pour qu'il soit visé par l'exception figurant à l'al. 55c) de la Loi (maintenant par. 53(1)). Cette disposition permet le renvoi de réfugiés au sens de la Convention ayant commis une infraction grave vers un pays où ils pourraient être persécutés. Le gouvernement canadien avait toutefois comme politique à l'époque de ne pas expulser vers la Tchécoslovaquie, le pays dont Markl était le ressortissant. La C.A.I. se trouvait donc dans une situation inhabituelle car elle connaissait le pays de destination probable et savait que Markl ne serait pas expulsé vers ce pays à ce moment-là. Toutefois la C.A.I. a refusé de prendre connaissance d'office de cette politique gouvernementale parce que ce type de politique change parfois. Par conséquent, elle a tenu compte de la situation à laquelle Markl ferait face en Tchécoslovaquie lorsqu'elle a pris sa décision discrétionnaire aux termes de l'al. 70(1)(b), prenant en considération le fait qu'il parlait la langue, que ses parents y vivaient toujours, qu'il y avait vécu jusqu'à l'âge de 18 ans ainsi que le fait qu'il serait emprisonné pendant 18 mois pour désertion s'il était renvoyé dans ce pays. Soupesant ces facteurs et les facteurs internes pertinents, elle a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre à Markl de demeurer au Canada.

74

It was in this context that the I.A.B. stated, at p. 5:

The Board is seized with an appeal from a deportation order. It has to rule on the validity of this order. Should he appeal fail, the issue of to where the appellant may be deported is a separate one; one over which the Board has no jurisdiction. [Emphasis added.]

However, this passage simply clarifies that once the I.A.D. upholds a removal order, the issue of where the individual will be removed to is a matter for the

C'est dans ce contexte que la C.A.I. disait, à la p. 5 :

[TRADUCTION] La Commission est saisie de l'appel d'une ordonnance d'expulsion. Elle doit statuer sur la validité de cette ordonnance. En cas de rejet de l'appel, le lieu vers lequel l'appelant peut être expulsé est une question à part, dont la Commission ne peut connaître. [Je souligne.]

Toutefois, ce passage précise simplement que, lorsque la S.A.I. confirme une mesure de renvoi, la question du pays de destination relève du ministre. Si le

Minister. If the Minister has a policy not to remove to a particular country, then the removal may be delayed. This passage is not authority for the proposition that the I.A.D. can never consider potential foreign hardship. In fact, it stands for just the opposite, as the I.A.B. was considering factors related to Czechoslovakia in deciding whether or not to deport Markl. Unfortunately, this was not the interpretation given to *Markl* when *Hoang* was decided.

When *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* was before the I.A.B., [1987] I.A.B.D. No. 6 (QL), the majority incorrectly relied on *Markl* as authority for the I.A.B. not being able to consider potential foreign hardship. Board Member Townshend dissented, stating, at para. 32:

. . . certainly, the Board has no jurisdiction to tell or not to tell the Minister to which country he should or can deport a permanent resident. But I cannot agree that *Markl* stands for the proposition that the prospective removal of a Convention refugee to the very country from which he has escaped persecution is not one of the circumstances which the Board is entitled to consider under paragraph 72(1)(b) [now s. 70(1)(b)] which requires the Board to consider “all the circumstances of the case.”

With the greatest of respect for the opposite view, Board Member Townshend was correct. The I.A.D. cannot make a decision as to the country of removal, because this decision is reserved to the Minister under s. 52. But when there is a likely country of removal, the I.A.D. can consider potential foreign hardship when exercising its discretionary jurisdiction.

Hoang, like *Markl*, was both a refugee and a permanent resident and had committed a sufficiently serious offence to be returned to a country where he feared persecution (under the exception in s. 55(c), now s. 53(1), of the Act). Vietnam was the likely country of removal. The Minister made a submission in this regard at the hearing of the s. 70(1)(b) appeal. While it may not have changed the outcome of the appeal, the hardship *Hoang* would face in Vietnam should have been considered. With

ministre a comme politique de ne renvoyer personne vers un pays donné, le renvoi peut être retardé. Ce passage ne fait pas autorité pour la proposition que la S.A.I. ne peut jamais examiner les difficultés possibles à l'étranger. En fait, il appuie exactement le contraire puisque la C.A.I. examinait des facteurs liés à la Tchécoslovaquie pour déterminer si elle expulserait *Markl* ou non. Malheureusement, la décision *Markl* n'a pas reçu cette interprétation dans la décision *Hoang*.

Dans *Hoang c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] I.A.B.D. n° 6 (QL), la majorité de la C.A.I. s'est fondée à tort sur *Markl* comme établissant que la C.A.I. ne pouvait pas examiner les difficultés possibles à l'étranger. Le commissaire Townshend, dissident, déclarait au par. 32 :

[TRADUCTION] . . . la Commission n'a certainement pas compétence pour dire ou ne pas dire au ministre vers quel pays il devrait expulser un résident permanent. Mais je ne peux pas partager l'avis que la décision *Markl* appuie la proposition que le renvoi possible d'un réfugié au sens de la Convention vers le pays même duquel il a fui la persécution ne constitue pas l'une des circonstances dont la Commission a le droit de tenir compte en vertu de l'alinéa 72(1)b [maintenant l'al. 70(1)b], qui exige que la Commission tienne compte « des circonstances de l'espèce ».

Le commissaire Townshend avait raison. La S.A.I. ne peut pas rendre une décision relative au pays de destination parce que cette décision appartient au ministre en vertu de l'art. 52. Mais lorsqu'on connaît le pays de destination probable, la S.A.I. peut examiner les difficultés possibles à l'étranger quand elle exerce son pouvoir discrétionnaire.

Tout comme *Markl*, *Hoang* était à la fois réfugié et résident permanent et avait commis une infraction assez grave pour être renvoyé vers un pays où il craignait d'être persécuté (en vertu de l'exception de l'al. 55c), maintenant par. 53(1), de la Loi). Le Vietnam était le pays de destination probable. Le ministre l'a mentionné à l'audition de l'appel en vertu de l'al. 70(1)b). Même si cela n'aurait peut-être pas changé l'issue de l'appel, les difficultés auxquelles *Hoang*

75

76

respect, I believe that the Federal Court of Appeal erred in concluding that the I.A.B. was correct in refusing to consider potential foreign hardship. MacGuigan J.A. stated, for the court, at para. 8, “that the Board’s jurisdiction is only over whether a person should be removed from Canada, not as to the country of removal”. This is true, but the decision of whether an individual should be removed can be informed by considerations of potential foreign hardship when the likely country of removal has been established.

devraient faire face au Vietnam auraient dû être considérées. Avec égards, j’estime que la Cour d’appel fédérale a fait une erreur en concluant que la C.A.I. avait eu raison de refuser d’examiner les difficultés possibles à l’étranger. Le juge MacGuigan, au nom de la Cour d’appel fédérale, dit au par. 8 « que la compétence de la Commission se limite à décider s’il y a lieu d’expulser une personne du Canada et non à savoir vers quel pays elle le sera ». C’est vrai, mais la décision de renvoyer ou non un individu peut être guidée par l’examen des difficultés possibles à l’étranger lorsque le pays de destination probable est connu.

77

In my opinion, neither *Markl* nor *Hoang* establishes a blanket prohibition against the I.A.D. considering potential foreign hardship. I agree with Reed J.’s interpretation of these cases in *Al Sagban*, at p. 509:

À mon avis, ni *Markl* ni *Hoang* n’établissent une interdiction générale à la S.A.I. d’examiner les difficultés possibles à l’étranger. Je suis d’accord avec l’interprétation que donne le juge Reed de ces décisions dans *Al Sagban*, p. 509 :

The focus of this comment [about *Markl*, by MacGuigan J.A. in *Hoang*] appears to have been on whether or not the Board had jurisdiction to determine the country of destination for the applicant in this type of case. There is no express statement that the Board is not entitled to assess the harm that would befall an applicant in his country of origin if he were returned there. I consider this issue to be unresolved.

Il semble que ce commentaire [du juge MacGuigan dans *Hoang* sur la décision *Markl*] portait principalement sur la question de savoir si la Commission avait la compétence pour déterminer le pays vers lequel le requérant allait être expulsé dans un tel cas. Il n’y est pas expressément dit que la Commission n’a pas le droit d’apprécier le préjudice que subirait le requérant dans son pays d’origine s’il y retournait. J’estime que cette question n’est pas résolue.

As a result of this appeal, this issue is now resolved: the I.A.D. can consider potential foreign hardship under s. 70(1)(b) when the likely country of removal has been established by an individual facing removal. The approach set out by the I.A.B. in *Ribic*, *supra*, remains sound.

En raison du présent pourvoi, cette question est maintenant résolue : la S.A.I. peut tenir compte des difficultés possibles à l’étranger pour l’application de l’al. 70(1)(b) lorsque le pays de destination probable a été établi par l’individu faisant face au renvoi. La méthode énoncée par la C.A.I. dans *Ribic* demeure bien fondée.

78

Although Linden J.A. was correct in noting, at p. 612, that “[c]onsistency is a virtue” in dealing with ss. 52 and 70(1) of the Act, the consistency to be achieved is not that the I.A.D. can never consider potential foreign hardship under its discretionary jurisdiction but that it can do so only when a likely country of removal has been established. In the case of Convention refugees, it is less likely that a country of removal will be ascertainable. But permanent residents who are not Convention refugees will usually be able to establish a likely country of removal, thereby permitting the I.A.D. to consider

Même si le juge Linden a raison de souligner, à la p. 612, que « [l]a cohérence est une vertu » lorsqu’il traite de l’art. 52 et du par. 70(1) de la Loi, la cohérence à atteindre n’est pas que la S.A.I. ne puisse jamais examiner les difficultés possibles à l’étranger dans le cadre de sa compétence discrétionnaire, mais qu’elle puisse le faire seulement lorsqu’un pays de destination probable a été établi. Dans le cas des réfugiés au sens de la Convention, il est moins probable qu’un pays de destination puisse être déterminé. Mais les résidents permanents qui ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention

any potential foreign hardship they will face upon removal to that country.

I also wish to clarify any confusion that has arisen over MacGuigan J.A.'s statement in *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270 (C.A.), at p. 286, for the court, that a discretionary decision under s. 70(1)(b) requires the consideration of "every extenuating circumstance that can be adduced in favour of the deportee". The Federal Court of Appeal erred in the case at bar in concluding that *Canepa* was not applicable because "there was no discussion of the conditions in the country to which the appellant would be deported" (para. 22). In fact, the I.A.D. had examined the potential hardship *Canepa* would face in the likely country of removal, as excerpted by MacGuigan J.A. at p. 284:

Although he has no close relatives in Italy he is a toughened street-wise twenty-six-year-old adult who is in no different a predicament than many immigrants are when they emigrate to Canada. Although he is not now fluent in Italian, he has resided in a family setting where Italian is spoken and he ought to be able to achieve reasonable facility in that language soon after his return to Italy.

The instruction to the I.A.D. to consider every extenuating circumstance is sound. Those circumstances may, in appropriate cases, include potential foreign hardship.

D. *Policy Concerns*

I also wish to address briefly the concerns expressed by the Federal Court of Appeal with respect to allowing the I.A.D. to consider potential foreign hardship.

1. Prolonging Hearings

The I.A.D. has considered the potential foreign hardship an individual would face upon removal for well over a decade, following *Ribic, supra*. There is no evidence that this consideration prolonged hearings before the I.A.D. by any significant extent. The intervener I.R.B. supports this view. Many of

sont généralement en mesure d'établir un pays de destination probable, ce qui permet ainsi à la S.A.I. d'examiner toutes les difficultés possibles auxquelles ils feront face après leur renvoi dans ce pays.

Je tiens aussi à dissiper toute confusion qu'aurait créée cette observation du juge MacGuigan, au nom de la Cour d'appel fédérale, dans *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270, p. 286, selon laquelle la décision discrétionnaire visée par l'al. 70(1)b exige l'examen de « toutes les circonstances atténuantes pouvant être invoquées en faveur de l'expulsé ». La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en l'espèce en concluant que *Canepa* n'était pas applicable parce qu'« il n'y a pas eu d'examen de la situation du pays vers lequel l'appelant devait être expulsé » (par. 22). En fait, la S.A.I. avait examiné les difficultés auxquelles *Canepa* pourrait faire face dans le pays de destination probable, comme le démontre le passage cité par le juge MacGuigan (à la p. 284) :

[TRADUCTION] Il n'a aucun parent proche en Italie, mais il est un homme de la rue, endurci, âgé de vingt-six ans, qui se trouve dans la même situation que de nombreux immigrants qui émigrent au Canada. Il ne parle pas l'italien couramment, mais il a résidé dans un environnement familial où l'italien est parlé et il devrait pouvoir acquérir une certaine facilité à parler cette langue peu après son retour en Italie.

L'instruction, donnée à la S.A.I., d'examiner toutes les circonstances atténuantes est bien fondée. Dans les cas appropriés, ces circonstances peuvent inclure les difficultés possibles à l'étranger.

D. *Les considérations de principe*

Je tiens aussi à traiter brièvement des problèmes que susciterait, selon la Cour d'appel fédérale, le fait de permettre à la S.A.I. d'examiner les difficultés possibles à l'étranger.

1. Le prolongement des audiences

Suivant la décision *Ribic*, précitée, la S.A.I. a examiné pendant bien plus de dix ans les difficultés auxquelles un individu pourrait faire face à l'étranger s'il était renvoyé. Rien n'indique que cet examen ait beaucoup prolongé les audiences de la S.A.I. L'intervenante C.I.S.R. appuie cette

79

80

81

the witnesses called to speak about an individual's situation in Canada will also be able to speak to the situation the individual will face in the likely country of removal, particularly family members. Furthermore, the likely country of deportation will rarely be in dispute. When the country of removal is in dispute, the issue can be quickly decided following submissions from the individual facing removal and the Minister.

2. The I.A.D. is not Designed nor Equipped

82

Hearings before the I.A.D. are adversarial in nature, unlike those before the C.R.D.D., which are more inquisitorial in nature. Evidence regarding potential foreign hardship can be adduced before the I.A.D. on a similar basis to establishing a fact in any other adversarial proceeding. Witnesses can be called, and written evidence can be submitted. Unlike the C.R.D.D., where staff research country conditions, the parties are responsible for researching and supplying this evidence before the I.A.D. The Minister is entitled to disclosure of all documents relied on by an individual appealing a removal order, and can have the documents verified prior to the hearing or can challenge their validity at the hearing by way of evidence, cross-examination or argument. In any event, much of the relevant evidence regarding potential foreign hardship will relate to personal concerns, such as language ability, family connections, and availability of necessary health care, which can all be readily established before the I.A.D.

83

The intervener I.R.B., at para. 41 of its written submissions to this Court, confirms that it is designed and equipped to consider such matters, and has done so for two decades:

For almost 20 years, the I.A.D. and its predecessor tribunal have operated within this statutory scheme and have effectively provided a full oral hearing and consideration of all the circumstances of the case, including circumstances in the likely country of removal.

opinion. Beaucoup de témoins cités pour parler de la situation d'un individu au Canada peuvent aussi parler de la situation dans laquelle il se trouverait dans le pays de destination probable, en particulier les membres de sa famille. En outre, le pays d'expulsion probable serait rarement en litige. Lorsque le pays de destination est en litige, la question peut être tranchée rapidement après examen des arguments de l'individu frappé de renvoi et ceux du ministre.

2. La S.A.I. n'est ni conçue ni équipée en conséquence

Les audiences de la S.A.I. sont contradictoires par nature, contrairement aux audiences plus inquisitoires de la S.S.R. La preuve relative aux difficultés possibles à l'étranger peut être produite devant la S.A.I. de la même manière que pour établir un fait dans toute autre instance contradictoire. On peut faire entendre des témoins et présenter des preuves écrites. Contrairement à ce qui se passe à la S.S.R., dont le personnel fait des recherches sur la situation du pays, les parties sont responsables de la recherche et de la présentation des preuves devant la S.A.I. Le ministre a droit à la communication de tous les documents invoqués par un individu faisant appel d'une mesure de renvoi, il peut les faire vérifier avant l'audience ou en contester la validité à l'audience par voie de preuve, de contre-interrogatoire et de plaidoirie. Quoi qu'il en soit, une bonne partie de la preuve relative aux difficultés possibles à l'étranger a trait à des craintes personnelles comme la connaissance de la langue, les liens familiaux et la disponibilité des soins médicaux nécessaires, qui peuvent toutes être facilement établies devant la S.A.I.

Dans son argumentation écrite à la Cour (au par. 41), l'intervenante C.I.S.R. confirme qu'elle est organisée et équipée étudier ces questions et qu'elle l'a fait pendant 20 ans :

[TRADUCTION] Pendant près de 20 ans, la S.A.I. et son prédécesseur ont fonctionné dans le cadre de ce régime législatif et ont en fait tenu des audiences complètes et examiné toutes les circonstances de l'affaire, la situation dans le pays de destination probable.

I therefore have little hesitation in concluding that the I.A.D. is designed and equipped to consider potential foreign hardship. While it is undoubtedly designed differently than the C.R.D.D., there is no reason to believe that the I.A.D. is an unsuitable forum to consider foreign hardship concerns.

3. An Alternative Refugee System

Only the C.R.D.D. has the jurisdiction to determine that an individual is a Convention refugee. The I.A.D. cannot make such a finding, nor does it do so when it exercises its discretion to allow a permanent resident facing removal to remain in Canada. When exercising its discretionary jurisdiction, the I.A.D. does not directly apply the *1951 Geneva Convention*, which protects individuals against persecution based on race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion. Instead, the I.A.D. considers a broader range of factors, many of which are closely related to the individual being removed, such as considerations relating to language, family, health, and children. Even when examining country conditions, the I.A.D. can consider factors, such as famine, that are not considered by the C.R.D.D. when determining if an individual is a Convention refugee. These foreign concerns are weighed against the relevant domestic considerations in making the final decision as to the proper exercise of the I.A.D.'s discretion. As a result of this broad-based balancing exercise, the protections offered to non-refugee permanent residents are of a different nature than those provided to Convention refugees. In this respect, I reiterate that it is only refugees who are protected from *refoulement*, as guaranteed by Article 33 of the *1951 Geneva Convention* (enacted into Canadian law by s. 53 of the Act).

If a permanent resident has a refugee claim before the C.R.D.D. at the same time that he or she is appealing a removal order to the I.A.D., the I.A.D. holds the appeal in abeyance until the C.R.D.D. has

Je n'ai donc aucune hésitation à conclure que la S.A.I. est conçue et équipée pour examiner les difficultés possibles à l'étranger. Même si elle est organisée différemment de la S.S.R., il n'y a aucune raison de croire que la S.A.I. n'est pas l'instance appropriée pour l'examen de la question des difficultés à l'étranger.

3. Un système parallèle de détermination du statut de réfugié

Seule la S.S.R. a compétence pour déterminer qu'un individu est un réfugié au sens de la Convention. La S.A.I. ne peut pas le faire, et elle ne le fait pas non plus lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire pour autoriser un résident permanent frappé de renvoi à demeurer au Canada. Lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire, la S.A.I. n'applique pas directement la *Convention de Genève 1951*, qui protège les individus contre la persécution fondée sur la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social particulier et les opinions politiques. Elle examine plutôt une vaste gamme de facteurs, dont plusieurs sont étroitement liés à l'individu frappé de renvoi comme les considérations relatives à la langue, à la famille, à la santé et aux enfants. Même lorsqu'elle examine la situation du pays, la S.A.I. peut tenir compte de facteurs, comme la famine, qui ne sont pas pris en considération par la S.S.R. pour déterminer si un individu est un réfugié au sens de la Convention. Dans sa décision finale sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la S.A.I. soupèse ces préoccupations relatives à la situation à l'étranger par rapport aux considérations intérieures. En raison de cet exercice global de pondération, les protections offertes aux résidents permanents non réfugiés sont d'une nature différente de celles accordées aux réfugiés au sens de la Convention. À ce sujet, je répète que seuls les réfugiés sont protégés contre le refoulement, en vertu de l'article 33 de la *Convention de Genève de 1951* (appliquée en droit canadien par l'art. 53 de la Loi).

Si un résident permanent a saisi la S.S.R. d'une revendication du statut de réfugié au moment où il fait appel d'une mesure de renvoi auprès de la S.A.I., la S.A.I. sursoit à l'appel jusqu'à ce que la S.S.R. ait

determined the refugee claim. As the intervener I.R.B. submits at para. 34 of its factum:

This sequencing of cases enables the C.R.D.D. to determine if the person is a Convention refugee. The I.A.D. can then consider this decision as one of the many factors in assessing "all the circumstances of the case". This procedure respects the separation of the adjudicative functions of the two Divisions and the exclusive jurisdiction of the C.R.D.D. to determine Convention refugee status.

I agree. Furthermore, I do not believe that the I.A.D. is attempting to do indirectly what it cannot do directly by considering foreign hardship when hearing a s. 70(1)(b) appeal. If the Minister is concerned that the I.A.D. will quash or stay a removal order based on foreign hardship concerns, the Minister is free to make a submission at the s. 70(1)(b) appeal hearing that the individual will be removed to a country other than the one in which hardship concerns have been raised. For individuals who have committed sufficiently serious offences, the Minister can also remove their right of appeal to the I.A.D. under s. 70(5) of the Act.

statué sur la revendication. Voici ce que dit l'intervenante C.I.S.R. au par. 34 de son mémoire :

[TRADUCTION] Cet ordre séquentiel permet à la S.S.R. de déterminer si la personne est un réfugié au sens de la Convention. La S.A.I. peut alors considérer cette décision comme un des nombreux facteurs d'évaluation des « circonstances particulières de l'espèce ». Cette procédure respecte la séparation des fonctions décisionnelles des deux sections et la compétence exclusive de la S.S.R. en matière de détermination du statut de réfugié au sens de la Convention.

Je suis d'accord. En outre, je ne crois pas que la S.A.I. tente de faire indirectement ce qu'elle ne peut pas faire directement lorsqu'elle examine les difficultés possibles à l'étranger dans un appel fondé sur l'al. 70(1)(b). S'il craint que la S.A.I. annule ou suspende une mesure de renvoi en raison de difficultés possibles à l'étranger, le ministre est libre de proposer, à l'audition de l'appel en vertu de l'al. 70(1)(b), que l'individu soit renvoyé vers un pays autre que celui qui suscite des préoccupations. Dans le cas d'individus qui ont commis des infractions suffisamment graves, le ministre peut aussi, en vertu du par. 70(5) de la Loi, retirer le droit d'appel à la S.A.I.

86

I therefore cannot agree that the I.A.D. is creating an alternative refugee system when it allows permanent residents to remain in Canada because of foreign hardship concerns. Parliament gave the I.A.D. the wide jurisdiction to make such discretionary decisions, and the factors weighed by the I.A.D. in exercising this discretion are very different than those considered by the C.R.D.D. when determining whether an individual is a Convention refugee.

4. The Checks and Balances of Sections 69.2 and 44(1) of the Act

87

Section 69.2 of the Act allows the government to attempt to strip a Convention refugee of his or her status. As just noted, s. 44(1) prevents a refugee claim from being made by any person in Canada against whom a removal order has been entered. While Linden J.A. is correct in identifying these provisions as providing checks and balances for Canada's refugee system, their presence

Je ne peux donc pas partager l'avis que la S.A.I. crée un système parallèle de détermination du statut de réfugié lorsqu'elle permet à des résidents permanents de demeurer au Canada en raison de craintes relatives aux difficultés à l'étranger. Le législateur a conféré à la S.A.I. le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre de telles décisions, et les facteurs soupesés par la S.A.I. lorsqu'elle l'exerce sont très différents de ceux que la S.S.R. examine pour déterminer si un individu est un réfugié au sens de la Convention.

4. Les freins et contrepois de l'art. 69.2 et du par. 44(1) de la Loi

L'article 69.2 de la Loi permet au gouvernement de tenter de retirer son statut à un réfugié au sens de la Convention. Comme je viens de le souligner, le par. 44(1) empêche quiconque fait l'objet d'une mesure de renvoi de revendiquer le statut de réfugié. Même si le juge Linden a raison de mentionner ces dispositions parmi les freins et contrepois au régime applicable aux réfugiés au Canada, leur

indicates little about Parliament's intent in dealing with non-refugee permanent residents. Parliament could just as easily enact a provision establishing a process to strip permanent residents of their status. However, Parliament chose to leave such considerations to the I.A.D., at least for those individuals who have not lost their ability to appeal to the I.A.D. (i.e. pursuant to ss. 70(5) or 81(6) of the Act). To reiterate, there is no need for absolute consistency in how the Act deals with Convention refugees and non-refugee permanent residents. Furthermore, Parliament has provided a balancing mechanism applicable to permanent residents in allowing the I.A.D. to stay a removal order, to which conditions can be attached and which can be reviewed when necessary (s. 74).

E. Application to the Facts of the Case at Bar

Applying these holdings to the case at bar, it is apparent that the likely country of removal had not been established before the I.A.D. The appellant has a wife and child in Vietnam, but is a national of Cambodia. The I.A.D. did not determine whether the appellant had successfully established Cambodia as the likely country of removal. Indeed, it appears that Vietnam was given greater consideration by Board Member Wiebe. However, the appellant submits that Vietnam is not obliged to accept him, as he is not a national of Vietnam, and therefore that Vietnam cannot be the likely country of removal. This critical issue was not resolved by the I.A.D.

As a result, this case must be returned to the I.A.D. for a rehearing. If the appellant establishes a likely country of removal at that time, the I.A.D. can consider the potential foreign hardship the appellant will face in that country in exercising its discretionary jurisdiction under s. 70(1)(b).

VII. Summary and Conclusion

For these reasons, the I.A.D. is entitled to consider potential foreign hardship when exercising its discretionary jurisdiction under s. 70(1)(b) of the Act, provided that the likely country of removal has

présence n'indique pas grand chose sur l'intention du législateur en matière de résidents permanents non réfugiés. Le législateur pourrait tout aussi facilement adopter une disposition établissant un processus de retrait du statut de résident permanent. Le législateur a toutefois décidé de laisser ces considérations à la S.A.I., du moins à l'égard de ceux qui n'ont pas perdu leur droit d'appel à la S.A.I. (en vertu des par. 70(5) ou 81(6) de la Loi). Je le répète, il n'est pas nécessaire d'avoir une uniformité absolue dans la manière dont la Loi traite les réfugiés au sens de la Convention et les résidents permanents non réfugiés. En outre, le législateur a adopté un mécanisme de pondération applicable aux résidents permanents en permettant à la S.A.I. de surseoir à une mesure de renvoi, en fixant des conditions au besoin, et de réexaminer le cas si nécessaire (art. 74).

E. Application aux faits de l'espèce

En l'espèce le pays de destination probable n'a pas été établi devant la S.A.I. L'appelant a une épouse et un enfant au Vietnam, mais il est un ressortissant du Cambodge. La S.A.I. n'a pas déterminé si l'appelant avait réussi à démontrer que le Cambodge était le pays de destination probable. En réalité, il semble que la commissaire Wiebe ait accordé davantage d'attention au Vietnam. L'appelant soutient toutefois que le Vietnam n'est pas tenu de l'accepter puisqu'il n'en est pas un ressortissant, de sorte que le Vietnam ne peut pas être le pays de destination probable. Cette question cruciale n'a pas été résolue par la S.A.I.

Par conséquent, l'affaire doit être renvoyée à la S.A.I. pour nouvelle audition. Si l'appelant établit alors un pays de destination probable, la S.A.I. peut examiner les difficultés auxquelles l'appelant pourrait faire face dans ce pays lorsqu'elle exercera le pouvoir discrétionnaire que lui confère par l'al. 70(1)(b).

VII. Résumé et conclusion

Pour ces motifs, la S.A.I. a le droit d'examiner les difficultés possibles à l'étranger lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 70(1)(b) de la Loi, pourvu que le pays de destination probable

88

89

90

been established by the individual being removed on a balance of probabilities. The Minister should facilitate the determination of the likely country of removal before the I.A.D. whenever possible, as this improves the efficient functioning of the Act. The factors set out in *Ribic, supra*, remain the proper ones for the I.A.D. to consider during an appeal under s. 70(1)(b). On such an appeal, the onus is on the individual facing removal to establish exceptional reasons as to why they should be allowed to remain in Canada. As the I.A.B. stated in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] I.A.D.D. No. 22 (QL), the making of such a discretionary decision involves “the exercising of a special or extraordinary power which must be applied objectively, dispassionately and in a *bona fide* manner after carefully considering relevant factors” (p. 2).

ait été établi par l’individu renvoyé, selon la prépondérance des probabilités. Le ministre devrait faciliter la détermination du pays de destination probable devant la S.A.I. chaque fois que cela est possible pour favoriser l’application efficace de la Loi. Les facteurs énoncés dans *Ribic*, précité, demeurent les facteurs à considérer par la S.A.I. dans un appel en vertu de l’al. 70(1)b). Dans le cadre d’un tel appel, il incombe à l’individu faisant face au renvoi d’établir les motifs exceptionnels pour lesquels on devrait lui permettre de demeurer au Canada. Comme la C.A.I. le dit dans *Grewal c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] D.S.A.I. n° 22 (QL), la prise d’une telle décision discrétionnaire comporte « l’exercice d’un pouvoir spécial ou extraordinaire qui doit être appliqué de façon objective, sans parti pris et de bonne foi, après un examen attentif des facteurs pertinents » (p. 2).

91

In the instant case, the I.A.D. did not determine whether the appellant had established a likely country of removal. The appeal is therefore allowed with costs. The judgment of the Federal Court of Appeal is set aside, and the matter is returned to the I.A.D. for reconsideration in accordance with these reasons. The I.A.D. must consider, first, whether there is a likely country of removal and, if so, whether any hardships the appellant could potentially face in that country are sufficient to alter the previous balance of relevant factors and thereby permit the appellant to remain in Canada.

En l’espèce, la S.A.I. n’a pas déterminé si l’appelant avait établi un pays de destination probable. Le pourvoi est donc accueilli avec dépens. L’arrêt de la Cour d’appel fédérale est infirmé et l’affaire est renvoyée à la S.A.I. pour réexamen conforme aux présents motifs. La S.A.I. doit d’abord déterminer s’il y a un pays de destination probable et, dans l’affirmative, déterminer si les difficultés auxquelles l’appelant pourrait faire face dans ce pays suffisent pour modifier l’équilibre antérieur des facteurs pertinents et permettre ainsi à l’appelant de demeurer au Canada.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant: David Matas, Winnipeg.

Procureur de l’appelant : David Matas, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Le procureur général du Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l’intervenant le Conseil canadien des églises : Jackman, Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Immigration and Refugee Board: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante la Commission de l’immigration et du statut de réfugié : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Ahmad Abdulaal Al Sagban *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

Immigration and Refugee Board *Intervener*

INDEXED AS: AL SAGBAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2002 SCC 4.

File No.: 27111.

2000: October 10; 2002: January 11.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Immigration — Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase “having regard to all the circumstances of the case” in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

The appellant was born in Iraq in 1964, the son of a high-ranking economist in the Iraqi government that preceded the presidency of Saddam Hussein. The appellant left Iraq permanently in 1981 in order to avoid the military draft, then lived in the United States, Egypt and England before being landed in Canada in 1986, at which time he became a permanent resident. A removal order was entered against the appellant in 1994, as a result of the application of s. 27(1)(d) of the *Immigration Act*, as he had been convicted of three property-related offences for which a term of imprisonment of 12 months was imposed. The Immigration Appeal Division (“I.A.D.”) of Canada’s Immigration and Refugee Board dismissed the

Ahmad Abdulaal Al Sagban *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration *Intimé*

et

Commission de l’immigration et du statut de réfugié *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : AL SAGBAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L’IMMIGRATION)

Référence neutre : 2002 CSC 4.

N° du greffe : 27111.

2000 : 10 octobre; 2002 : 11 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Immigration — Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en vertu de l’art. 70(1)(b) de la Loi sur l’immigration — La section d’appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l’étranger dans l’appel d’un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l’expression « eu égard aux circonstances particulières de l’espèce » à l’art. 70(1)(b) — Loi sur l’immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)(b).

L’appelant est né en 1964 en Iraq. Son père était un économiste de haut rang dans le gouvernement iraquien avant l’arrivée au pouvoir du président Saddam Hussein. L’appelant quitte l’Iraq de façon permanente en 1981 pour se soustraire au service militaire, puis il vit aux États-Unis, en Égypte et en Angleterre avant d’obtenir le droit d’établissement au Canada en 1986 et de devenir résident permanent. En 1994, une mesure de renvoi est prise contre lui en vertu de l’al. 27(1)(d) de la *Loi sur l’immigration* après sa déclaration de culpabilité de trois infractions relatives à des biens pour lesquelles il a été condamné à une peine d’emprisonnement de 12 mois. La section d’appel de l’immigration (S.A.I.) de

appellant's appeal of the removal order, concluding that it could not consider potential hardship in the country of removal. The Federal Court, Trial Division allowed the appellant's application for judicial review but the Federal Court of Appeal set aside that decision.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *Chieu*, the I.A.D. can take potential foreign hardship into consideration under s. 70(1)(b) of the *Immigration Act* whenever a likely country of removal has been established by an individual facing removal. The Minister remains free to determine the country a person will be removed to, pursuant to s. 52 of the Act, provided that the removal order has not been quashed or stayed by the I.A.D. The Minister may make submissions regarding the country of removal at the hearing of a s. 70(1)(b) appeal or make a s. 52 decision prior to the hearing.

In this case, the matter should be returned to the I.A.D. for a new hearing. It is clear that the country of removal is Iraq and that the I.A.D., having found that the appellant would suffer extreme hardship if returned to Iraq, might have exercised its discretion to allow the appellant to remain in Canada if it had believed it was able to consider this potential foreign hardship. This is an administrative decision requiring a complex balancing of numerous foreign and domestic factors by the I.A.D. It is the I.A.D., not this Court, which possesses the necessary expertise to make this decision and apply the appropriate remedy.

Cases Cited

Applied: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; **referred to:** *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270; *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, 2002 SCC 2.

Statutes and Regulations Cited

Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d) [am. 1992, c. 47, s. 78; am. 1992, c. 49, s. 16], 32(2), 52,

la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejette son appel de la mesure de renvoi, estimant ne pas pouvoir prendre en considération les difficultés possibles dans le pays de destination. La section de première instance de la Cour fédérale fait droit à la demande de contrôle judiciaire de l'appelant, mais la Cour d'appel fédérale annule cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Selon les motifs exposés dans *Chieu*, la S.A.I. peut tenir compte des difficultés possibles à l'étranger en vertu de l'al. 70(1)b) de la *Loi sur l'immigration* dès lors que la personne frappée de renvoi a établi le pays de destination probable. Il demeure loisible au ministre de déterminer dans quel pays la personne sera renvoyée en vertu de l'art. 52 de la Loi sauf si la S.A.I. annule ou suspend la mesure de renvoi. Le ministre peut présenter des observations sur le pays de destination à l'audience d'un appel en vertu de l'al. 70(1)b) ou prendre une décision en vertu de l'art. 52 avant l'audience.

En l'espèce, l'affaire doit être renvoyée à la S.A.I. pour nouvelle audition. Il est clair que le pays de destination est l'Iraq et que la S.A.I., ayant conclu que renvoyer l'appelant en Iraq lui causerait des difficultés extrêmes, aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre à l'appelant de rester au Canada si elle avait cru pouvoir tenir compte de ces difficultés possibles. C'est une décision administrative qui exige une analyse complexe de nombreux facteurs internes et étrangers. C'est la S.A.I., et non pas la Cour, qui a l'expertise nécessaire pour prendre la décision et imposer la réparation appropriée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; **arrêts mentionnés :** *Ribic c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. n° 4 (QL); *Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270; *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (QL); *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, 2002 CSC 2.

Lois et règlements cités

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 27(1)d) [mod. 1992, ch. 47, art. 78; mod. 1992, ch. 49, art. 16],

70(1)(b) [am. c. 28 (4th Supp.), s. 18; am. 1995, c. 15, s. 13].

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1998), 234 N.R. 173, 48 Imm. L.R. (2d) 1, [1998] F.C.J. No. 1775 (QL), reversing a judgment of the Trial Division, [1998] 1 F.C. 501, 137 F.T.R. 283, [1997] F.C.J. No. 1349 (QL), setting aside a decision of the Immigration Appeal Division, [1996] I.A.D.D. 859 (QL), dismissing the appellant's appeal from a removal order. Appeal allowed.

Rod Holloway and Christopher Elgin, for the appellant.

Judith Bowers, Q.C., for the respondent.

Brian A. Crane, Q.C., and *Krista Daley*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal was heard with *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, reasons in which are being released concurrently herewith. For the reasons given in *Chieu*, the Immigration Appeal Division (“I.A.D.”) of Canada’s Immigration and Refugee Board is able to consider the foreign hardship potentially faced by a permanent resident being removed from Canada when deciding whether to quash or stay a removal order under its “equitable jurisdiction” conferred by s. 70(1)(b) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (the “Act”). The I.A.D. can take potential foreign hardship into consideration whenever a likely country of removal has been established by an individual facing removal.

The respondent Minister of Citizenship and Immigration remains free to determine, pursuant

32(2), 52, 70(1)(b) [mod. ch. 28 (4^e suppl.), art. 18; mod. 1995, ch. 15, art. 13].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (1998), 234 N.R. 173, 48 Imm. L.R. (2d) 1, [1998] A.C.F. n° 1775 (QL), qui infirmait un jugement de la Section de première instance, [1998] 1 C.F. 501, 137 F.T.R. 283, [1997] A.C.F. n° 1349 (QL), qui avait annulé une décision de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (Section d’appel), [1996] I.A.D.D. 859 (QL), rejetant l’appel de l’appelant contre une ordonnance de renvoi. Pourvoi accueilli.

Rod Holloway et Christopher Elgin, pour l’appelant.

Judith Bowers, c.r., pour l’intimé.

Brian A. Crane, c.r., et *Krista Daley*, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Ce pourvoi a été entendu en même temps que *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, dans lequel la Cour rend jugement simultanément. Pour les motifs exposés dans *Chieu*, la Section d’appel de l’immigration (« S.A.I. ») de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada peut tenir compte des difficultés auxquelles pourrait devoir faire face à l’étranger un résident permanent renvoyé du Canada, lorsqu’elle décide, en vertu de la « compétence en equity » que lui confère l’al. 70(1)(b) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2 (la « Loi », s’il y a lieu d’annuler une mesure de renvoi ou d’y surseoir. La S.A.I. peut tenir compte de ces difficultés lorsque le pays de destination probable est établi par l’individu frappé de renvoi.

Il demeure loisible au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration intimé de déterminer, en vertu

to s. 52 of the Act, where a permanent resident will be removed to. The Minister's jurisdiction to make a decision under s. 52 only exists while an individual has a removal order entered against them. If the I.A.D. quashes or stays a removal order, the Minister no longer has anyone to remove and so no longer has the jurisdiction to make a decision under s. 52. But it is open to the Minister to make submissions at the hearing of a s. 70(1)(b) appeal with regard to the country the Minister intends to remove a permanent resident to, or to make the s. 52 decision prior to the hearing. Submissions regarding the country of removal are only necessary where the country of removal is in dispute, which will generally be the case only when the intended country of removal is one other than the individual's country of nationality or citizenship. The appellant Ahmad Abdulaal Al Sagban's appeal can be disposed of by applying these holdings to the facts of this case.

II. Relevant Statutory Provisions

3

The provisions of the Act relevant to this appeal are largely set out in *Chieu, supra*. For ease of reference, the primary provision in dispute — s. 70(1)(b) — is repeated here (although not law, I have once again included the marginal notes of the Act in these reasons as an explanatory aid):

70. (1) [Appeals by permanent residents and persons in possession of returning resident permits] Subject to subsections (4) and (5), where a removal order or conditional removal order is made against a permanent resident or against a person lawfully in possession of a valid returning resident permit issued to that person pursuant to the regulations, that person may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds, namely,

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

4

An additional provision relevant to the particular facts of this appeal is s. 27(1)(d):

de l'art. 52 de la Loi, dans quel pays un résident permanent sera renvoyé. Le pouvoir du ministre de prendre une décision en vertu de l'art. 52 n'existe que lorsqu'un individu est frappé de renvoi. Si la S.A.I. annule la mesure de renvoi, ou ordonne d'y surseoir, il n'y a plus personne à renvoyer et, par conséquent, le ministre n'est plus habilité à prendre une décision en vertu de l'art. 52. Toutefois le ministre peut présenter des observations sur le pays où il a l'intention de renvoyer le résident permanent à l'audience d'un appel en vertu de l'al. 70(1)(b), ou il peut prendre une décision en vertu de l'art. 52 avant l'audience. Ses observations ne sont nécessaires que s'il y a désaccord sur le pays de destination, ce qui n'est le cas normalement que lorsque ce pays est autre que le pays dont l'intéressé est le ressortissant. L'application de ces principes aux faits en l'espèce permet de statuer sur le pourvoi de Ahmad Abdulaal Al Sagban.

II. Les dispositions légales

Les dispositions légales applicables sont citées dans l'arrêt connexe *Chieu*, précité. Afin de faciliter la consultation, je reproduis ici le texte de la principale disposition en litige, l'al. 70(1)(b) (bien que les notes marginales ne fassent pas partie du texte de la Loi, je les inclus à nouveau dans ces motifs pour faciliter la compréhension). L'alinéa 70(1)(b) prévoit :

70. (1) [Appel des résidents permanents et des titulaires de permis de retour] Sous réserve des paragraphes (4) et (5), les résidents permanents et les titulaires de permis de retour en cours de validité et conformes aux règlements peuvent faire appel devant la section d'appel d'une mesure de renvoi ou de renvoi conditionnel en invoquant les moyens suivants :

b) le fait que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, ils ne devraient pas être renvoyés du Canada.

L'alinéa 27(1)(d) est aussi pertinent en l'espèce :

27. (1) [Reports on permanent residents] An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament, other than an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act*, for which a term of imprisonment of more than six months has been, or five years or more may be, imposed . . .

III. Facts

The appellant was born in Iraq on August 27, 1964. His father was a high-ranking economist in the Iraqi government in power prior to the presidency of Saddam Hussein. The appellant lived with his family in Egypt from 1972-78, while his father was secretary general of the Council of Arab Economic Unity in Cairo. He and his family then returned to Iraq, but the appellant left permanently in 1981 in order to avoid military service. He lived in the United States, Egypt and England before being landed in Canada with his parents and brother on August 3, 1986. He became a permanent resident at that time. The appellant entered Canada as an independent immigrant and has not applied for refugee status.

A removal order was entered against the appellant on September 22, 1994 at Prince Albert, Saskatchewan, pursuant to s. 32(2) of the Act. The basis for the removal order was that the appellant was a person described in s. 27(1)(d) of the Act, having been convicted in November 1993 of three property-related offences for which a term of imprisonment of 12 months was imposed. As was the case in *Chieu*, the appellant appealed the removal order to the I.A.D. solely on equitable grounds pursuant to s. 70(1)(b).

27. (1) [Rapports défavorables : résidents permanents] L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas :

d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions* :

(i) soit pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée,

(ii) soit qui peut être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans . . .

III. Les faits

L'appelant est né en Iraq le 27 août 1964. Son père occupait un poste d'économiste de haut rang dans le gouvernement iraquien avant l'arrivée au pouvoir de Saddam Hussein. L'appelant a vécu avec sa famille en Égypte de 1972 à 1978, quand son père était secrétaire général du Conseil de l'Union économique arabe au Caire. L'appelant et sa famille retournent ensuite en Iraq mais l'appelant quitte son pays de façon permanente en 1981 afin de se soustraire au service militaire. Il vit aux États-Unis, en Égypte et en Angleterre avant d'obtenir le droit d'établissement au Canada avec ses parents et son frère le 3 août 1986. Il devient alors résident permanent. L'appelant est arrivé au Canada en qualité d'immigrant indépendant et n'a pas revendiqué le statut de réfugié.

Une mesure de renvoi est prise contre l'appelant le 22 septembre 1994, à Prince Albert (Saskatchewan), conformément au par. 32(2) de la Loi. Cette mesure résulte de l'application de l'al. 27(1)d) de la Loi parce que l'appelant a été déclaré coupable en novembre 1993 de trois infractions relatives à des biens pour lesquelles il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 12 mois. Comme dans l'affaire *Chieu*, l'appelant a interjeté appel de la mesure de renvoi devant la S.A.I. uniquement sur des motifs d'équité conformément à l'al. 70(1)b).

IV. Decisions Below

A. *Immigration Appeal Division*, [1996] I.A.D.D. No. 859 (QL) (Board Members Clark, Dossa and Singh)

7

The I.A.D. dismissed the appellant's appeal of the removal order made against him. Applying *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL), the I.A.D. held that the relevant domestic factors did not favour allowing the appellant to remain in Canada. The I.A.D. did refer at para. 16 to the hardship the appellant would face if returned to Iraq:

... the most positive factor in his favour is the hardship that he would suffer if returned to Iraq. ... Iraq is not a safe place to be. As a person considered to be a deserter, and as the eldest son of a prominent Iraqi family which was opposed to the government of Saddam Hussein, he would be in a very difficult position. His stepmother said that the only thing that would happen would be that they would hang him. ... The Appeal Division finds that it would be an extreme hardship for the appellant to be returned to Iraq.

However, relying on *Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35 (F.C.A.), the I.A.D. concluded that it could not consider this factor, noting that "control over the location to which the appellant is removed is a matter solely for the Minister's decision" (para. 16). It therefore concluded that "the negative factors weigh more heavily against the appellant than the positive ones weigh in his favour" (para. 17), and upheld his removal.

B. *Federal Court, Trial Division*, [1998] 1 F.C. 501

8

On an application for judicial review before the Federal Court, Trial Division, Reed J. set aside the I.A.D.'s decision and referred the appeal back to a differently constituted panel of the I.A.D. for reconsideration. She held that *Hoang* does not prevent the I.A.D. from considering potential foreign hardship under the *Ribic* test when dealing with appeals by permanent residents, and that the I.A.D. therefore erred in not fully considering the hardship the appellant would face if returned to Iraq. Reed J. relied in part on the Federal Court of Appeal's decision

IV. Les décisions antérieures

A. *Section d'appel de l'immigration*, [1996] I.A.D.D. n° 859 (QL) (les commissaires Clark, Dossa et Singh)

La S.A.I. rejette l'appel de la mesure de renvoi. Appliquant la décision *Ribic c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. n° 4 (QL), la S.A.I. juge que les facteurs internes pertinents ne permettent pas d'autoriser l'appelant à rester au Canada. La S.A.I. mentionne toutefois au par. 16 les difficultés auxquelles il ferait face s'il retournait en Iraq :

[TRADUCTION] ... le facteur le plus important en sa faveur, ce sont les difficultés qu'il subirait s'il retournerait en Iraq [. . .] [C]e pays n'est pas un endroit sûr. Considéré comme un déserteur, et en tant que fils aîné d'une famille iraquienne en vue, opposée au gouvernement de Saddam Hussein, il serait dans une situation très difficile. Sa belle-mère a dit que la seule chose qui arriverait, c'est qu'on le pendrait [. . .] La Section d'appel juge que renvoyer l'appelant en Iraq lui causerait des difficultés extrêmes.

Toutefois, s'appuyant sur l'arrêt *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] A.C.F. n° 1096 (QL) (C.A.), la S.A.I. conclut qu'elle ne peut pas tenir compte de ce facteur, soulignant que [TRADUCTION] « la question de savoir à quel endroit l'appelant est renvoyé relève exclusivement du ministre » (par. 16). Elle conclut donc que [TRADUCTION] « les facteurs défavorables à l'appelant l'emportent sur les facteurs qui jouent en sa faveur » (par. 17) et confirme son renvoi.

B. *Section de première instance de la Cour fédérale*, [1998] 1 C.F. 501

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, madame le juge Reed de la Section de première instance de la Cour fédérale annule la décision de la S.A.I. et renvoie l'appel à une formation différente de la S.A.I. pour réexamen. Elle statue que l'arrêt *Hoang* n'empêche pas la S.A.I. d'examiner les difficultés à l'étranger selon les critères de la décision *Ribic* lorsqu'elle entend des appels interjetés par des résidents permanents et que la S.A.I. a donc commis une erreur en ne prenant pas pleinement en considération les difficultés auxquelles l'appelant

in *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 270, at p. 286, where it was stated that “every extenuating circumstance that can be adduced in favour of the deportee” should be considered by the I.A.D. when hearing an appeal pursuant to s. 70(1)(b). She held that it was not premature for the I.A.D. to consider potential foreign hardship prior to the Minister making the decision as to the country of removal under s. 52, as the likely country of removal will usually be the individual’s country of nationality or citizenship. Reed J. was aware that a question of general importance had already been certified on this matter by Muldoon J. in *Chieu*, and she certified an almost identical question in this case.

C. Federal Court of Appeal (1998), 234 N.R. 173

The Minister successfully appealed this decision to the Federal Court of Appeal. For the reasons given in *Chieu, supra*, which was released on the same day, Linden J.A., for the court, allowed the appeal, set aside Reed J.’s decision and dismissed the application for judicial review.

V. Analysis and Disposition

For the reasons set out in *Chieu*, the appropriate standard of review in this case is correctness. Turning to the substantive issues, and also applying the approach set out in *Chieu*, it must first be asked whether the appellant has established a likely country of removal. At the hearing of the s. 70(1)(b) appeal, the appellant presented evidence regarding the conditions he would face in Iraq, his country of nationality. And in fact, after the s. 70(1)(b) appeal was dismissed, the government acted to remove the appellant to Iraq. As Reed J. stated at p. 506:

... Mr. Justice McKeown, on April 28, 1997 ... granted a stay of the deportation order that had been issued against this applicant, to prevent the applicant’s deportation until this application for judicial review was heard. The travel plans that were in place at that time would have seen the applicant deported to Iraq.

ferait face s’il retournerait en Iraq. Le juge Reed se fonde en partie sur l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Canepa c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 3 C.F. 270, p. 286, selon lequel la S.A.I. devrait tenir compte de « toutes les circonstances atténuantes pouvant être invoquées en faveur de l’expulsé » dans un appel en vertu de l’al. 70(1)(b). Le juge Reed statue qu’il n’est pas prématuré de la part de la S.A.I. de considérer les difficultés possibles à l’étranger, avant que le ministre prenne une décision sur le pays de destination en vertu de l’art. 52, puisque le pays de destination est habituellement le pays dont l’intéressé est le ressortissant. Sachant que le juge Muldoon a déjà certifié à ce sujet une question grave et de portée générale dans l’arrêt *Chieu*, le juge Reed certifie une question quasi identique.

C. Cour d’appel fédérale (1998), 234 N.R. 173

Le ministre a gain de cause en appel de cette décision devant la Cour d’appel fédérale. Pour les motifs exposés dans l’arrêt *Chieu*, précité, rendu simultanément, le juge Linden accueille l’appel, annule la décision du juge Reed et rejette la demande de contrôle judiciaire.

V. Analyse et dispositif

Selon les motifs exposés dans l’arrêt connexe *Chieu*, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Sur le fond et selon la méthode suivie dans *Chieu*, il faut d’abord déterminer si l’appelant a établi quel sera le pays de destination probable. À l’audience de l’appel interjeté en vertu de l’al. 70(1)(b), l’appelant a produit des preuves concernant la situation à laquelle il devrait faire face en Iraq, son pays de nationalité. Après le rejet de l’appel interjeté en vertu de l’al. 70(1)(b), le gouvernement a effectivement pris des dispositions pour renvoyer l’appelant en Iraq. Le juge Reed dit à la p. 506 :

... le juge McKeown a, le 28 avril 1997 [...], accordé un sursis à l’exécution de la mesure d’expulsion prise à l’égard du requérant pour empêcher que celui-ci ne soit expulsé avant que la présente demande de contrôle judiciaire n’ait été entendue. Il avait été prévu à l’époque que le requérant serait expulsé vers l’Iraq.

The booking of travel arrangements is the administrative process by which the Minister makes the s. 52 decision as to the country of removal. In this case it is therefore clear that the likely country of removal is Iraq.

La prise de dispositions de voyage est la procédure administrative par laquelle le ministre prend sa décision en vertu de l'art. 52 sur le pays de destination. En l'espèce, il est donc clair que le pays de destination est l'Iraq.

11 As a result, the second issue to be addressed is whether the I.A.D. would have exercised its discretion under s. 70(1)(b) to allow the appellant to remain in Canada, and if so, what remedy it would have provided. The I.A.D. found that "it would be an extreme hardship for the appellant to be returned to Iraq" (para. 16). It therefore appears that the I.A.D. would have exercised its discretion to allow the appellant to remain in Canada if it had believed it was able to consider this potential foreign hardship. However, this is an administrative decision which requires a complex balancing of numerous factors. It is the I.A.D., not this Court, that has the expertise to balance domestic and foreign concerns properly. More importantly, it is the I.A.D. that should make the decision regarding the appropriate remedy if the appeal is allowed. The I.A.D. has the expertise to decide whether the removal order should be quashed or whether a stay would be preferable, as well as to determine what the terms and conditions of a stay would be.

Par conséquent, la deuxième question est de savoir si la S.A.I. aurait exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 70(1)b afin de permettre à l'appelant de rester au Canada et, le cas échéant, quelle mesure de réparation elle aurait prise. La S.A.I. conclut que « renvoyer l'appelant en Iraq lui causerait des difficultés extrêmes » (par. 16). Il semble donc que la S.A.I. aurait exercé son pouvoir discrétionnaire pour permettre à l'appelant de rester au Canada si elle avait cru pouvoir tenir compte de ces difficultés possibles. Toutefois, il s'agit d'une décision administrative qui exige une analyse complexe de nombreux facteurs. C'est la S.A.I., et non pas notre Cour, qui possède l'expertise nécessaire pour analyser les facteurs internes et étrangers. Plus important encore, c'est la S.A.I. qui devrait décider de la réparation appropriée si l'appel est accueilli. La S.A.I. a l'expertise nécessaire pour décider si la mesure de renvoi devrait être annulée ou si un sursis d'exécution serait préférable, et pour déterminer les conditions dont le sursis devrait être assorti.

12 The appeal is therefore allowed. The judgment of the Federal Court of Appeal is set aside and the appeal under s. 70(1)(b) is returned to the I.A.D. for a new hearing, taking into account the reasons set out herein and in *Chieu*. At the new hearing, the likely country of removal will be Iraq, unless the Minister can establish otherwise.

Le pourvoi est donc accueilli. Le jugement de la Cour d'appel fédérale est annulé et l'appel en vertu de l'al. 70(1)b est renvoyé à la S.A.I. pour nouvelle audition en fonction des motifs exposés en l'espèce et dans l'arrêt *Chieu*. À la nouvelle audience, le pays de destination probable sera l'Iraq, à moins que le ministre puisse établir que ce n'est pas le cas.

VI. Addendum

VI. Additif

13 Both this appeal and *Chieu* were heard prior to the hearings before this Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, and *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, 2002 SCC 2. Pursuant to the reasoning of the Court in those cases, if the appellant in this case can establish that there are substantial grounds to believe that he will face a risk of torture upon

Les pourvois *Al Sagban* et *Chieu* ont été entendus avant l'audition par notre Cour des affaires *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, et *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, 2002 CSC 2. Selon le raisonnement adopté par la Cour dans ces deux derniers arrêts, l'appelant ne peut pas être renvoyé en Iraq s'il peut établir qu'il a des raisons solides

return to Iraq, he cannot be removed to that country.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: McPherson, Elgin & Cannon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

de croire qu'il risque la torture à son retour dans ce pays.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : McPherson, Elgin & Cannon, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Le procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Rajinder Kumar Benji *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BENJI

Neutral citation: 2002 SCC 5.

File No.: 28443.

2002: January 15.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Indictment — Direct indictment — Attorney General can prefer direct indictment against accused for offences for which accused has already been committed for trial after preliminary inquiry — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 577.

Cases Cited

Applied: *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. viii; *Canada (Procureur général) v. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209; *R. v. Tapaquon*, [1993] 4 S.C.R. 535; *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 574(1)(a) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 113], 577 [*idem*, s. 115].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 151 C.C.C. (3d) 229, 150 B.C.A.C. 1, 245 W.A.C. 1, [2001] B.C.J. No. 63 (QL), 2001 BCCA 25, allowing the accused's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] B.C.J. No. 2332 (QL), 2000 BCSC 1465, dismissing the accused's application to quash a direct indictment on charges of murder and kidnapping. Appeal allowed.

William F. Ehrcke, Q.C., for the appellant.

Peter Leask, Q.C., for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Rajinder Kumar Benji *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BENJI

Référence neutre : 2002 CSC 5.

N° du greffe : 28443.

2002 : 15 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Acte d'accusation — Mise en accusation directe — Le procureur général peut présenter contre un accusé un acte d'accusation portant sur des infractions à l'égard desquelles ce dernier a déjà été renvoyé à procès au terme de l'enquête préliminaire — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 577.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. viii; *Canada (Procureur général) c. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209; *R. c. Tapaquon*, [1993] 4 R.C.S. 535; *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 574(1)a) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 113], 577 [*idem*, art. 115; mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n° 15)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 151 C.C.C. (3d) 229, 150 B.C.A.C. 1, 245 W.A.C. 1, [2001] B.C.J. No. 63 (QL), 2001 BCCA 25, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] B.C.J. No. 2332 (QL), 2000 BCSC 1465, qui avait rejeté sa demande d'annulation d'un acte d'accusation lui reprochant des accusations de meurtre et d'enlèvement. Pourvoi accueilli.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'appelante.

Peter Leask, c.r., pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

ARBOUR J. — We are all of the view that the Court of Appeal for British Columbia erred in its interpretation of the *Criminal Code* provisions dealing with the preferring of indictments. The better view was expressed by Proulx J.A. of the Quebec Court of Appeal in the similar case of *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. viii, and by Baudouin J.A. in *Canada (Procureur général) v. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209 (Que. C.A.) (approved in *R. v. Tapaquon*, [1993] 4 S.C.R. 535, at pp. 549-50).

In the present case, the respondent concedes that he could have been indicted through the ordinary process of s. 574(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This in itself is sufficient to permit his inclusion in the direct indictment which could only be brought under s. 577 of the *Code* against his co-accused Bhatti.

This interpretation is consistent with the reasons of Sopinka J. in *Tapaquon*, *supra*, at pp. 548-49, referring to Lamer J. (as he then was) in *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131, at p. 157, dealing with the predecessor provisions to s. 577, where he said:

1. The Attorney General or anyone with the written consent of a judge of the court may prefer an indictment for any offence irrespective of whether a preliminary inquiry has been held, and if so, whether the accused was discharged or committed for that or any other offence.

For these reasons, the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside and the indictment charging the respondent and Suraj Singh Bhatti is reinstated.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Leask Bahen, Vancouver.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE ARBOUR — Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait erreur en interprétant les dispositions du *Code criminel* portant sur la présentation des actes d'accusation. L'interprétation à retenir à cet égard est celle qui a été formulée par le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire analogue *R. c. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. viii, et par le juge Baudouin, de la même cour, dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209 (approuvée dans *R. c. Tapaquon*, [1993] 4 R.C.S. 535, p. 549-550).

En l'espèce, l'intimé concède qu'un acte d'accusation aurait pu être présenté contre lui selon la procédure ordinaire prévue à l'al. 574(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En soi, cela suffit pour permettre qu'il soit inclus dans l'acte d'accusation qui ne pouvait être présenté contre son coaccusé Bhatti qu'en vertu de l'art. 577 du *Code*.

Cette interprétation est compatible avec les motifs exposés par le juge Sopinka dans l'arrêt *Tapaquon*, précité, p. 548-549, où celui-ci cite les propos suivants, formulés par le juge Lamer (plus tard Juge en chef de notre Cour) dans l'affaire *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131, p. 157, relativement aux dispositions qui ont précédé l'art. 577 :

1. Le procureur général, ou toute personne qui a le consentement du juge de la cour, peut présenter un acte d'accusation pour toute infraction qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire, et, s'il y en a eu une, peu importe que l'accusé ait été libéré ou renvoyé à son procès pour cette infraction ou toute autre infraction.

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulé et l'acte d'accusation présenté contre l'intimé et Suraj Singh Bhatti est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Leask Bahen, Vancouver.

Carmen Samuel Tessier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TESSIER

Neutral citation: 2002 SCC 6.

File No.: 28592.

2002: January 18.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Criminal law — Evidence — Confession — Voluntariness — Trial judge ruling that accused's statements were involuntary and inadmissible — Trial judge properly applied required elements of voluntariness test.

Cases Cited

Applied: *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (2001), 153 C.C.C. (3d) 361, 41 C.R. (5th) 242, 245 N.B.R. (2d) 1, 636 A.P.R. 1, [2001] N.B.J. No. 131 (QL), 2001 NBCA 34, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed.

Allen G. Doyle, for the appellant.

W. Stephen Wood, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

Carmen Samuel Tessier *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. TESSIER

Référence neutre : 2002 CSC 6.

N^o du greffe : 28592.

2002 : 18 janvier.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Droit criminel — Preuve — Confession — Caractère volontaire — Déclarations de l'accusé jugées involontaires et inadmissibles par le juge du procès — Le juge du procès a bien appliqué les éléments requis du critère de détermination du caractère volontaire.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2001), 153 C.C.C. (3d) 361, 41 C.R. (5th) 242, 245 R.N.-B. (2d) 1, 636 A.P.R. 1, [2001] A.N.-B. n^o 131 (QL), 2001 NBCA 34, qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Allen G. Doyle, pour l'appelant.

W. Stephen Wood, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s'agit en l'espèce d'un appel de plein droit. Bien qu'il n'ait pas bénéficié des motifs exposés par notre Cour dans l'affaire *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, le juge du procès a néanmoins bien appliqué le critère du caractère volontaire lorsqu'il a conclu que, eu égard

IACOBUCCI J. — This appeal comes to us as of right. Although the trial judge did not have the benefit of this Court's reasons in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, in our view, the trial judge properly applied the required elements of the voluntariness test to conclude, in all the circumstances,

that he had a reasonable doubt as to the voluntariness of the confession. We agree with Deschênes J.A., dissenting in the New Brunswick Court of Appeal, that the appeal did not raise a question of law alone.

In our opinion, Deschênes J.A. properly and succinctly characterized the issue as follows:

As can be seen from the comments of the trial judge, he took the view that the question of voluntariness had to be decided on the basis of a consideration of all the circumstances surrounding the taking of the statements. In adopting the wider approach he did not, in my view, apply the wrong test. The appropriate test to be applied in this case was whether the evidence raised a reasonable doubt that the statements were voluntary by reason of a combination of oppressive conditions and inducements, taking into account all the circumstances surrounding the taking of the impugned statements. This is precisely the test utilized by the trial judge.

((2001), 153 C.C.C. (3d) 361, 2001 NBCA 34, at p. 393)

Consequently, we would allow the appeal, set aside the judgment of the New Brunswick Court of Appeal, and restore the acquittal entered by the trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Allen G. Doyle, Saint John.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Saint John.

à toutes les circonstances, il entretenait un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession. Nous souscrivons à l'opinion dissidente émise par le juge Deschênes de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick selon laquelle l'appel ne soulevait pas une question de droit seulement.

À notre avis, le juge Deschênes a, dans le passage suivant, décrit de façon succincte et appropriée la question en litige :

[TRADUCTION] Comme l'indiquent les commentaires du juge du procès, ce dernier estimait que la question du caractère volontaire devait être tranchée en prenant en compte toutes les circonstances dans lesquelles les déclarations avaient été obtenues. Je suis d'avis que, en retenant l'approche plus large, il ne s'est pas trouvé à appliquer le mauvais critère. Le critère applicable en l'espèce consistait à se demander si, eu égard à toutes les circonstances dans lesquelles les déclarations contestées ont été recueillies, il existait un doute raisonnable quant à leur caractère volontaire parce qu'elles auraient été faites sous l'effet combiné de conditions oppressives et d'encouragements. C'est précisément ce critère qu'a utilisé le juge du procès.

((2001), 153 C.C.C. (3d) 361, 2001 NBCA 34, p. 393)

Par conséquent, nous accueillons le pourvoi, annulons la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et rétablissons l'acquittement prononcé par le juge du procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Allen G. Doyle, Saint John.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Saint John.

2

3

Bank of Montreal *Appellant*

v.

**Enchant Resources Ltd. and
D. S. Willness** *Respondents*

**INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. DYNEX
PETROLEUM LTD.**

Neutral citation: 2002 SCC 7.

File No.: 27766.

Hearing and judgment: November 9, 2001.

Reasons delivered: January 24, 2002.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major,
Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Commercial law — Oil and gas industry — Overriding royalties — Whether overriding royalties arising from working interest capable of being interest in land.

The appellant Bank was a secured creditor of D, a corporation in liquidation. The trustee in bankruptcy wanted to sell all the oil and gas properties of D. One issue of concern was whether any such sale would be subject to overriding royalties arising out of the working interest held by D. Also, the respondents held overriding royalties and claimed priority over the Bank, as to the assets of D, because their interests, as protected by caveats filed in a land registration office, preceded the Bank's loans to D and its predecessors. The caveats claimed an interest in D's working interest as a result of services performed for D and/or its predecessors. The chambers judge granted the Bank's application for a preliminary determination finding that an overriding royalty interest cannot be an interest in land. The Court of Appeal set aside that decision, holding that overriding royalty interests can, subject to the intention of the parties, be interests in land.

Held: The appeal should be dismissed.

Banque de Montréal *Appelante*

c.

**Enchant Resources Ltd. et
D. S. Willness** *Intimés*

**RÉPERTOIRÉ : BANQUE DE MONTRÉAL c. DYNEX
PETROLEUM LTD.**

Référence neutre : 2002 CSC 7.

N^o du greffe : 27766.

Audition et jugement : 9 novembre 2001.

Motifs déposés : 24 janvier 2002.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel.

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

Droit commercial — Industrie pétrolière et gazière — Redevances dérogatoires — Une redevance dérogatoire issue d'une participation directe peut-elle constituer un intérêt foncier?

La Banque appelante était un créancier garanti de D, société en voie de liquidation. Le syndic de faillite voulait vendre tous les avoirs gaziers et pétroliers de D. Se posait donc notamment la question de savoir si la vente serait conclue sous réserve des redevances dérogatoires provenant de la participation directe détenue par D. Par ailleurs, les intimés étaient titulaires de redevances dérogatoires et prétendaient prendre rang avant la Banque quant aux avoirs de D, parce que leurs intérêts, protégés par des oppositions déposées à un bureau d'enregistrement foncier, étaient antérieurs aux prêts consentis par la Banque à D et à ses prédécesseurs. Les oppositions faisaient valoir un intérêt dans la participation directe détenue par D par suite de la fourniture de services à D ou à ses prédécesseurs. Le juge en chambre a accueilli la demande présentée par la Banque en vue de faire statuer de façon préliminaire qu'un droit de redevance dérogatoire ne pouvait constituer un intérêt foncier. La Cour d'appel a infirmé cette décision, statuant qu'un droit de redevance dérogatoire peut constituer un intérêt foncier, à condition que telle soit l'intention des parties.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

The common law prohibition against the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament is inapplicable to the oil and gas industry given its practices and the support found in the law. A royalty which is an interest in land may be created from an incorporeal hereditament such as a working interest or a *profit à prendre* if that is the intention of the parties.

Cases Cited

Referred to: *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387; *Saskatchewan Minerals v. Keyes*, [1972] S.C.R. 703; *Scurry-Rainbow Oil Ltd. v. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321, aff'd (1994), 157 A.R. 65; *Canco Oil and Gas Ltd. v. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37; *St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] S.C.R. 482; *Vanguard Petroleums Ltd. v. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66; *Isaac v. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39; *Guaranty Trust Co. v. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193, aff'd in part [1989] 5 W.W.R. 340; *Vandergrift v. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17; *Nova Scotia Business Capital Corp. v. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34.

Authors Cited

Davies, G. J. "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232.

Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "corporeal hereditament", "incorporeal hereditament".

Ellis, W. H. "Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law" (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1.

Newman, J. Forbes. "Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land", in *Insight Educational Services, Oil & Gas Agreements Update*. Mississauga, Ont.: Insight Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219, 255 A.R. 116, 220 W.A.C. 116, 182 D.L.R. (4th) 640, 2 B.L.R. (3d) 58, 15 C.B.R. (4th) 5, 15 P.P.S.A.C. (2d) 175, [2000] 2 W.W.R. 693, [1999] A.J. No. 1463 (QL), 1999 ABCA 363, reversing a judgment of the Court of Queen's Bench (1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66, [1996] 6 W.W.R. 461, 11 P.P.S.A.C. (2d) 291, [1995] A.J. No. 1279 (QL). Appeal dismissed.

Richard B. Jones, for the appellant.

L'interdiction reconnue en common law de créer un intérêt foncier à partir d'un héritage incorporel est inapplicable à l'industrie gazière et pétrolière, étant donné ses pratiques et l'appui fourni par la jurisprudence. Une redevance qui est un intérêt foncier peut être créée à partir d'un héritage incorporel tel qu'une participation directe ou un profit à prendre, si telle est l'intention des parties.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387; *Saskatchewan Minerals c. Keyes*, [1972] R.C.S. 703; *Scurry-Rainbow Oil Ltd. c. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321, conf. par (1994), 157 A.R. 65; *Canco Oil and Gas Ltd. c. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37; *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] R.C.S. 482; *Vanguard Petroleums Ltd. c. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66; *Isaac c. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39; *Guaranty Trust Co. c. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193, conf. en partie par [1989] 5 W.W.R. 340; *Vandergrift c. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17; *Nova Scotia Business Capital Corp. c. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34.

Doctrine citée

Davies, G. J. « The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232.

Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, « corporeal hereditament », « incorporeal hereditament ».

Ellis, W. H. « Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law » (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1.

Newman, J. Forbes. « Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land », in *Insight Educational Services, Oil & Gas Agreements Update*. Mississauga, Ont. : Insight Press, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219, 255 A.R. 116, 220 W.A.C. 116, 182 D.L.R. (4th) 640, 2 B.L.R. (3d) 58, 15 C.B.R. (4th) 5, 15 P.P.S.A.C. (2d) 175, [2000] 2 W.W.R. 693, [1999] A.J. No. 1463 (QL), 1999 ABCA 363, infirmant un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66, [1996] 6 W.W.R. 461, 11 P.P.S.A.C. (2d) 291, [1995] A.J. No. 1279 (QL). Pourvoi rejeté.

Richard B. Jones, pour l'appelante.

James C. Crawford, Q.C., Frank R. Dearlove and Scott H. D. Bower, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

1 This appeal arises from an application made by the appellant Bank of Montreal before the chambers judge in the Alberta Court of Queen's Bench for a determination that, as a matter of law, an overriding royalty is incapable of being an interest in land. The application was opposed by several defendants including the respondents in this Court, Enchant Resources Ltd. ("Enchant") and D. S. Willness ("Willness"), each holders of overriding royalties who claim their interests to be interests in land. The learned chambers judge allowed the Bank's application which the Alberta Court of Appeal reversed, holding that an overriding royalty is capable of being an interest in land. This appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed with reasons to follow.

II. Facts

2 The material filed and submissions of counsel indicated that royalty arrangements are common forms of arranging exploration and production in the oil and gas industry in Alberta. Typically, the owner of minerals *in situ* will lease to a potential producer the right to extract such minerals. This right is known as a working interest. A royalty is an unencumbered share or fractional interest in the gross production of such working interest. A lessor's royalty is a royalty granted to (or reserved by) the initial lessor. An overriding royalty or a gross overriding royalty is a royalty granted normally by the owner of a working interest to a third party in exchange for consideration which could include, but is not limited to, money or services (e.g., drilling or geological surveying) (G. J. Davies, "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232, at p. 233). The rights and obligations

James C. Crawford, c.r., Frank R. Dearlove et Scott H. D. Bower, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi vise une demande que la Banque de Montréal, appelante, a présentée à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta siégeant en chambre afin qu'il statue, en droit, qu'une redevance dérogatoire ne peut constituer un intérêt foncier. Plusieurs défendeurs se sont opposés à la demande. Au nombre des opposants figuraient les intimés devant notre Cour, Enchant Resources Ltd. (« Enchant ») et D. S. Willness (« Willness »), titulaires de redevances dérogatoires qui prétendaient détenir un intérêt foncier. Le juge a fait droit à la demande de la Banque. La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé cette décision, statuant qu'une redevance dérogatoire peut être un intérêt foncier. Notre Cour a rejeté le pourvoi, avec motifs à suivre.

II. Les faits

Les pièces produites et les plaidoiries des avocats révèlent que les arrangements en matière de redevances sont de pratique courante en Alberta dans le secteur de l'exploration et de la production pétrolières et gazières. D'ordinaire, le propriétaire des minéraux *in situ* donne à bail à un producteur potentiel le droit d'extraire ces minéraux. Pour désigner ce droit, on utilise l'expression « participation directe ». Une redevance est une part ou participation fractionnaire non grevée dans la production brute issue de cette participation directe. La redevance du bailleur est une redevance accordée au bailleur initial (ou qu'il se réserve). Une redevance dérogatoire ou redevance dérogatoire brute est une redevance accordée normalement par le titulaire d'une participation directe à un tiers en échange d'une contrepartie qui peut comprendre notamment une somme d'argent ou des services (par exemple, le forage ou les études géologiques) (G. J. Davies,

of the two types of royalties are identical. The only difference is to whom the royalty was initially granted.

The appellant Bank of Montreal was a secured creditor of Dynex Petroleum Ltd. ("Dynex"), a corporation in liquidation. The trustee in bankruptcy wanted to sell all the oil and gas properties of Dynex. One issue was whether any such sale would be subject to overriding royalties arising out of the working interest held by Dynex. Also, there were several competing claims against the appellant, which by the time of this appeal had narrowed to the overriding royalties of the respondents Enchant and Willness, who claimed a preference by way of a caveat filed in the South Alberta Land Registration District, claiming an interest in Dynex's working interest as a result of services performed for Dynex and/or its predecessors. The respondents claimed their royalty rights comprised interests in land and claimed priority over the appellant because their interests, as protected by caveats, preceded the appellant's loans to Dynex and its predecessors. The appellant submitted that at common law an interest in land could not arise from an incorporeal hereditament and therefore the respondents' overriding royalties (which arose from a working interest, an incorporeal hereditament) did not rank higher in priority than the appellant's security interest.

This case pits this ancient common law rule against a common practice in the oil and gas industry. The Court is asked to resolve the apparent conflict.

III. Judicial History

The appellant applied to the Court of Queen's Bench of Alberta ((1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66) for a preliminary determination that the overriding royalty interests do not constitute interests in land. The learned chambers judge, Rooke J. in allowing the application held at para. 3 that:

« The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 232, p. 233). Les mêmes droits et obligations se rattachent aux deux types de redevance. Seul les différencie le fait que la redevance n'est pas accordée initialement à la même personne.

La Banque de Montréal, appelante, était un créancier garanti de Dynex Petroleum Ltd. (« Dynex »), société en voie de liquidation. Le syndic de faillite voulait vendre tous les avoirs gaziers et pétroliers de Dynex. La question se posait donc de savoir si la vente serait conclue sous réserve des redevances dérogatoires provenant de la participation directe détenue par Dynex. De plus, l'appelante se voyait opposer plusieurs réclamations concurrentes dont ne subsistaient plus, au moment du présent pourvoi, que les redevances dérogatoires des intimés Enchant et Willness, qui revendiquaient un rang prioritaire en invoquant une opposition déposée au bureau d'enregistrement foncier du district du sud de l'Alberta, faisant valoir un intérêt dans la participation directe détenue par Dynex par suite de la fourniture de services à Dynex ou à ses prédécesseurs. Les intimés soutenaient que leurs droits de redevance comportaient des intérêts fonciers et prétendaient prendre rang avant l'appelante parce que leurs intérêts protégés par les oppositions étaient antérieurs aux prêts consentis par l'appelante à Dynex et à ses prédécesseurs. L'appelante a soutenu que, en common law, un intérêt foncier ne pouvait dériver d'un héritage incorporel et que, partant, les redevances dérogatoires des intimés (dérivées d'une participation directe et, donc, d'un héritage incorporel) ne prenaient pas rang avant la sûreté qu'elle détenait.

La présente affaire oppose cette ancienne règle de common law et une pratique courante du secteur pétrolier et gazier. La Cour est appelée à trancher ce conflit apparent.

III. Historique des procédures judiciaires

L'appelante a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta ((1995), 39 Alta. L.R. (3d) 66) de statuer, par une décision préliminaire, que les droits de redevance dérogatoire ne constituaient pas des intérêts fonciers. Le juge Rooke siégeant en chambre a fait droit à la demande en ces termes, au par. 3 :

... as a matter of law, a lessee of an oil and gas lease (which is a *profit à prendre*), which is in itself an interest in land, obtained from a lessor (whether the Crown or freehold), cannot in law pass on an interest in land to a third party.

He also concluded that if an interest in land could issue from a *profit à prendre*, which he held that it could not, the matter could not be determined summarily as evidence would be necessary to examine the language of the instruments and the intentions of the parties.

6 After a review of policy considerations, industry practice and Canadian and United States case law, the Alberta Court of Appeal ((1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219) concluded that overriding royalty interests can constitute interests in land if intended by the parties. For substantially the same reasons as the Court of Appeal, I conclude that overriding royalty interests can be interests in land.

IV. Issue

7 Can an overriding royalty issued from a working interest (an incorporeal hereditament) be an interest in land?

V. Analysis

8 At common law, an interest in land could issue from a corporeal hereditament but not from an incorporeal hereditament. "Corporeal hereditament" is defined by *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995) as:

1. A material object in contrast to a right. It may include land, buildings, minerals, trees or fixtures. . . .
2. Land. . . .

"Incorporeal hereditament" is defined as:

1. "(A right) . . . in land, which (includes) such things as rent charges, annuities, easements, profits à prendre, and so on." . . .

[TRADUCTION] . . . en droit, le preneur à bail d'une concession pétrolière et gazière (qui est un profit à prendre), qui est en soi un intérêt foncier, obtenue d'un bailleur (location de la Couronne ou location à bail franche), ne peut, en common law, transmettre un intérêt foncier à un tiers.

Il a également conclu que, si un intérêt foncier pouvait dériver d'un profit à prendre — solution qu'il a écartée —, la question ne pourrait être tranchée sommairement, car une preuve serait nécessaire aux fins de l'examen des termes des instruments et de l'intention des parties.

Après avoir examiné les considérations de principe, la pratique du secteur d'activité en cause et la jurisprudence canadienne et américaine, la Cour d'appel de l'Alberta ((1999), 74 Alta. L.R. (3d) 219) a conclu que les droits de redevance dérogatoire pouvaient constituer des intérêts fonciers si telle était l'intention des parties. M'appuyant essentiellement sur les mêmes motifs que la Cour d'appel, je suis d'avis que les droits de redevance dérogatoire peuvent constituer des intérêts fonciers.

IV. La question en litige

Une redevance dérogatoire issue d'une participation directe (un héritage incorporel) peut-elle constituer un intérêt foncier?

V. Analyse

En common law, un intérêt foncier pouvait être issu d'un héritage corporel, mais non d'un héritage incorporel. Dans le *Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995), la notion de « *corporeal hereditament* » (héritage corporel) est définie comme suit :

[TRADUCTION]

1. Chose matérielle par contraste avec un droit. Peut s'entendre de fonds de terre, bâtiments, minéraux, arbres ou accessoires fixes. . . .
2. Fonds de terre. . . .

L'expression « *incorporeal hereditament* » (héritage incorporel) est définie comme suit :

[TRADUCTION]

1. « (Droit) . . . sur un fonds de terre, qui (inclut) des choses telles que les rentes-charges, annuités, servitudes, profits à prendre, etc. » . . .

2. Property which is not tangible but can be inherited. . . .

In *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387, at p. 392, Rand J. held that an oil and gas lease, the interest from which an overriding royalty is created, can be a *profit à prendre*, an interest in land. A *profit à prendre* is an incorporeal hereditament. The appellant has submitted that at common law, an interest in land could not issue from an incorporeal hereditament and therefore overriding royalties cannot be interests in land.

Canadian case law suggests otherwise. In *Saskatchewan Minerals v. Keyes*, [1972] S.C.R. 703, the majority declined to decide whether an overriding royalty could be an interest in land. However, Laskin J. in dissent specifically addressed that issue. He did not find the distinction between corporeal and incorporeal hereditaments to be useful in this context and discussed the difficulty of conforming new commercial concepts to anachronistic categories at p. 722:

The language of “corporeal” and “incorporeal” does not point up the distinction between the legal interest and its subject-matter. On this distinction, all legal interests are “incorporeal”, and it is only the unopposed force of a long history that makes it necessary in this case to examine certain institutions of property in the common law provinces through an antiquated system of classification and an antiquated terminology. The association of rents and royalties has run through the cases (as in *Re Dawson and Bell*, *supra*, the *Berkheiser* case, *supra*, and cf. *Attorney-General of Ontario v. Mercer*, at p. 777) but without the necessity hitherto in this Court to test them against the common law classifications of interests in land or to determine whether those classifications are broad enough to embrace a royalty in gross.

Laskin J. referred to *Berkheiser*, *supra*, where Rand J. held that a royalty was analogous to rent. While that case involved a lessor’s royalty, Laskin J. found that although theoretically the holder of a lessor’s royalty holds an interest in reversion, whereas the holder of an overriding royalty does not, since in essence the two interests are identical,

2. Bien qui n’est pas matériel, mais qui peut être transmis par voie héréditaire . . .

Dans *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387, p. 392, le juge Rand a décidé qu’une concession pétrolière et gazière, l’intérêt dont est issue une redevance dérogatoire, peut être un profit à prendre, un intérêt foncier. Un profit à prendre est un héritage incorporel. L’appelante a prétendu que, en common law, un intérêt foncier ne pouvait être issu d’un héritage incorporel et que, par conséquent, les redevances dérogatoires ne pouvaient pas constituer des intérêts fonciers.

La jurisprudence canadienne semble indiquer le contraire. Dans *Saskatchewan Minerals c. Keyes*, [1972] R.C.S. 703, la Cour suprême à la majorité s’est abstenue de décider si une redevance dérogatoire pouvait constituer un intérêt foncier. Toutefois, le juge Laskin, dissident, s’est intéressé précisément à cette question. Il n’a pas jugé la distinction entre les héritages corporels et incorporels utile dans ce contexte et il a traité de la difficulté de concilier les concepts modernes du commerce et les catégories anachroniques à la p. 722 :

Les expressions « corporel » et « incorporel » ne font pas ressortir la distinction entre l’intérêt en droit et l’objet auquel il se rattache. D’après cette distinction tous les intérêts en droit sont « incorporels », et c’est l’autorité jamais attaquée d’une longue évolution historique qui nous oblige ici à étudier certaines institutions de la propriété dans les provinces régies par la *common law* au moyen d’un système de classification suranné et d’une terminologie surannée. Les rentes et les redevances ont été associées dans la jurisprudence (par exemple, dans les cause *Re Dawson and Bell* et *Berkheiser*, précitées; voir aussi *Attorney General of Ontario v. Mercer*, p. 777), mais jusqu’à maintenant, cette Cour n’a jamais eu à les analyser en regard de la classification des intérêts dans un bien-fonds en *common law*, ni à déterminer si cette classification est assez générale pour englober une redevance existant par elle-même.

Le juge Laskin s’est reporté à la décision *Berkheiser*, précitée, où le juge Rand a décidé qu’une redevance était assimilable à une rente. Bien que cette affaire ait porté sur une redevance de bailleur, le juge Laskin a estimé que, même si en théorie le titulaire d’une redevance de bailleur détient un intérêt de réversion, ce qui n’est pas le

9

10

11

there should be no distinction between the two royalty interests in their treatment as interests in land. The effect of Laskin J.'s reasons was to render inapplicable, at least insofar as overriding royalties, the common law rule against creating interests in land out of incorporeal interests.

cas du titulaire d'une redevance dérogoire, il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre ces deux redevances dans l'effet qui leur est attribué à titre d'intérêts fonciers, puisque les deux intérêts sont essentiellement identiques. Les motifs du juge Laskin ont eu pour effet de rendre inapplicable, du moins quant aux redevances dérogoires, la règle de common law interdisant la création d'intérêts fonciers à partir d'intérêts incorporels.

12 Laskin J. concluded that the overriding royalty was an interest in land, analogous to a rent-charge. It is significant that he did not find all overriding royalty interests to be interests in land. He held that the intentions of the parties judged by the language creating the royalty would determine whether the parties intended to create an interest in land or to create contractual rights only.

Le juge Laskin a conclu que la redevance dérogoire était un intérêt foncier, analogue à une rente-charge. Il est significatif qu'il n'ait pas jugé que toutes les redevances dérogoires étaient des intérêts fonciers. Il a estimé que les intentions des parties révélées par les termes du contrat de redevance permettraient de décider si les parties avaient l'intention de créer un intérêt foncier ou uniquement des droits contractuels.

13 In *Scurry-Rainbow Oil Ltd. v. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321 (Q.B.), aff'd (1994), 157 A.R. 65 (C.A.), and in *Canco Oil and Gas Ltd. v. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37 (Q.B.), Hunt J. and Matheson J. respectively relied upon the dissent in *Keyes, supra*, to find that lessor royalties can be interests in land depending on the intentions of the parties and the language used to create the interest. The Court of Appeal in *Scurry-Rainbow* did not base its decision on this issue.

Dans *Scurry-Rainbow Oil Ltd. c. Galloway Estate* (1993), 138 A.R. 321 (B.R.), conf. par (1994), 157 A.R. 65 (C.A.), et dans *Canco Oil and Gas Ltd. c. Saskatchewan* (1991), 89 Sask. R. 37 (B.R.), les juges Hunt et Matheson, respectivement, se sont fondés sur l'opinion dissidente exprimée dans *Keyes*, précité, pour conclure que les redevances de bailleur pouvaient être des intérêts fonciers selon les intentions des parties et les termes employés pour créer l'intérêt. La Cour d'appel dans *Scurry-Rainbow* n'a pas fondé sa décision sur cette question.

14 The appellant referred to cases that held royalty interests not to be interests in land. (See *St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] S.C.R. 482; *Vanguard Petroleum Ltd. v. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66 (Alta. S.C.T.D.); *Isaac v. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39 (N.W.T.S.C.); *Guaranty Trust Co. v. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193 (Q.B.), aff'd in part [1989] 5 W.W.R. 340 (Alta. C.A.); *Vandergrift v. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17 (Q.B.); *Nova Scotia Business Capital Corp. v. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118 (S.C.)) Although each of these cases held that the royalty therein is not an interest in land, they do not support the proposition that a royalty cannot be an interest in land. In each case the court found

L'appelante a cité des décisions où il a été jugé que des droits de redevance n'étaient pas des intérêts fonciers. (Voir *St. Lawrence Petroleum Ltd. c. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.*, [1963] R.C.S. 482; *Vanguard Petroleum Ltd. c. Vermont Oil & Gas Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 66 (C.S. 1^{re} inst. Alb.); *Isaac c. Cook* (1982), 44 C.B.R. 39 (C.S.T.N.-O.); *Guaranty Trust Co. c. Hetherington* (1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193 (B.R.), conf. en partie par [1989] 5 W.W.R. 340 (C.A. Alb.); *Vandergrift c. Coseka Resources Ltd.* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17 (B.R.); *Nova Scotia Business Capital Corp. c. Coxheath Gold Holdings Ltd.* (1993), 128 N.S.R. (2d) 118 (C.S.)) Bien que dans toutes ces décisions, il ait été statué que la redevance en cause n'était pas un intérêt foncier, elles ne permettent pas d'affirmer qu'une redevance ne peut

that the language used by the parties in creating the interest did not evidence the intention to create an interest in land.

That royalties can be interests in land finds support in W. H. Ellis's "Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law" (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1, at p. 10:

Royalties, as used in the oil and gas industry, make sense only if they are property interests in unproduced minerals. Owners of mineral rights should be able to create them as such if they make clear their intent to do so.

In *Oil & Gas Agreements Update* (1989), J. F. Newman in his article "Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land?" concludes that most parties to an overriding royalty interest intend for such interest to be an interest in land. Evidence of this is the common practice of registering caveats in the Land Titles Office of Alberta seeking to protect that interest.

The oil and gas industry, which developed largely in the second half of the 20th century and continues to evolve, is governed by a combination of statute and common law. The application of common law concepts to a new or developing industry is useful as it provides the participants in the industry and the courts some framework for the legal structure of the industry. It should come as no surprise that some common law concepts, developed in different social, industrial and legal contexts, are inapplicable in the unique context of the industry and its practices.

The appellant could not offer any convincing policy reasons for maintaining the common law prohibition on the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament other than fidelity to common law principles. Given the custom in the oil and gas industry and the support found in case

jamais être un intérêt foncier. Dans chacune, la cour a conclu que les termes employés par les parties pour créer l'intérêt ne révélaient pas l'intention de créer un intérêt foncier.

La thèse selon laquelle les redevances peuvent constituer des intérêts fonciers est étayée par l'article de W. H. Ellis, « Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law » (1984), 22 *Alta. L. Rev.* 1, p. 10 :

[TRADUCTION] Les redevances, telles qu'utilisées dans le secteur des hydrocarbures, n'ont de sens que si elles constituent des intérêts de propriété dans les minéraux non encore produits. Les titulaires des droits miniers doivent pouvoir créer de tels intérêts, s'ils précisent clairement que telle est leur intention.

Dans l'article intitulé « Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land? », publié dans *Oil & Gas Agreements Update* (1989), J. F. Newman conclut que, la plupart du temps, il est de l'intention des parties à un contrat de redevance dérogatoire que le droit de redevance constitue un intérêt foncier. En fait foi la pratique courante qui consiste à enregistrer des oppositions au bureau d'enregistrement des titres fonciers de l'Alberta afin de protéger ces intérêts.

Le secteur des hydrocarbures, qui s'est développé en grande partie dans la seconde moitié du XX^e siècle et continue d'évoluer, est régi par un ensemble de lois et de règles de common law. L'application des notions de common law à une industrie nouvelle ou en évolution est utile, car elle fournit aux intervenants de l'industrie et aux tribunaux un cadre juridique à l'intérieur duquel structurer les activités de ce secteur. Il n'est guère étonnant que certaines notions de common law élaborées dans des contextes sociaux, industriels et juridiques différents soient inapplicables dans le contexte particulier de ce secteur d'activité et de ses pratiques.

L'appelante n'a pu invoquer aucune raison de principe convaincante justifiant le maintien de la règle de common law qui interdit la création d'un intérêt foncier à partir d'un héritage incorporel, si ce n'est la fidélité aux principes de common law. Étant donné, d'une part, la coutume dans le secteur des

15

16

17

18

law, it is proper and reasonable that the law should acknowledge that an overriding royalty interest can, subject to the intention of the parties, be an interest in land.

19 The Alberta Court of Appeal offered compelling insight into the evolution of the law at para. 52:

The principles inherent in the above argument need not be applied to prevent an overriding royalty from being an interest in land for a number of reasons. First, royalties and ORRs need not be classified into a traditional common law property category unsuited to the realities of the oil and gas industry and need not be subject to the arcane strictures of traditional categories. Second, some authorities suggest it is possible to have an incorporeal interest (an overriding royalty) created from an incorporeal interest. Third, even if it is not possible, the rule need not be blindly adhered to because, as stated by Mr. Justice Holmes in “The Path of the Law” (1897) 10 Harv. L. Rev. 457 at p. 469, it is “revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV,” and “still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule persists from blind imitation of the past.”

20 In *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 42, Bastarache J. outlined when changes to the rules of common law are necessary:

- (1) to keep the common law in step with the evolution of society,
- (2) to clarify a legal principle, or
- (3) to resolve an inconsistency.

In addition, the change should be incremental, and its consequences must be capable of assessment.

21 In this appeal, to clarify the status of overriding royalties, the prohibition of the creation of an interest in land from an incorporeal hereditament is inapplicable. A royalty which is an interest in land may be created from an incorporeal hereditament such as

hydrocarbures et, d’autre part, l’appui fourni par la jurisprudence, il est opportun et raisonnable que la loi reconnaisse qu’un droit de redevance dérogatoire peut constituer un intérêt foncier, à condition que telle soit l’intention des parties.

La Cour d’appel de l’Alberta nous offre des réflexions convaincantes sur l’évolution du droit, au par. 52 :

[TRADUCTION] Il n’est pas nécessaire d’appliquer les principes qui se dégagent de l’argument précité pour empêcher qu’une redevance dérogatoire ne constitue un intérêt foncier, et ce pour plusieurs raisons. D’abord, il n’est pas nécessaire de classer les redevances et les redevances dérogatoires dans les catégories classiques du droit des biens en common law qui ne s’accordent pas avec les réalités du secteur pétrolier et gazier, ni de les assujettir aux définitions ésotériques des catégories classiques. Ensuite, certaines sources semblent indiquer qu’il est possible qu’un intérêt incorporel (une redevance dérogatoire) soit créé à partir d’un intérêt incorporel. Enfin, même si cela n’était pas possible, nous ne serions pas tenus de suivre la règle aveuglément, puisque, pour reprendre les propos du juge Holmes dans « The Path of the Law » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, p. 469, il est « choquant que la valeur d’une règle de droit ne tienne qu’à son ancienneté, dût-elle remonter à Henri IV », et « encore plus choquant que son fondement ait disparu depuis longtemps, mais qu’elle subsiste en raison d’un passéisme aveugle. »

Dans *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 42, le juge Bastarache a mis en lumière les cas où une modification de la common law sera nécessaire :

- (1) pour permettre à la common law de suivre l’évolution de la société;
- (2) pour préciser un principe de droit;
- (3) pour éliminer une contradiction.

De plus, la modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées.

Dans le présent pourvoi, pour préciser le droit en matière de redevances dérogatoires, l’interdiction de créer un intérêt foncier à partir d’un héritage incorporel est inapplicable. Une redevance qui est un intérêt foncier peut être créée à partir d’un héritage

a working interest or a *profit à prendre*, if that is the intention of the parties.

Virtue J. in *Vandergrift*, *supra*, at p. 26, succinctly stated:

. . . it appears reasonably clear that under Canadian law a “royalty interest” or an “overriding royalty interest” can be an interest in land if:

1) the language used in describing the interest is sufficiently precise to show that the parties intended the royalty to be a grant of an interest in land, rather than a contractual right to a portion of the oil and gas substances recovered from the land; and

2) the interest, out of which the royalty is carved, is itself an interest in land.

VI. Conclusion

The appeal is dismissed with costs to the respondents.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Jones, Rogers, Toronto.

Solicitors for the respondents: McDonald Crawford; Bennett Jones, Calgary.

incorporel tel qu’une participation directe ou un profit à prendre, si telle est l’intention des parties.

Dans *Vandergrift*, précité, p. 26, le juge Virtue dit succinctement :

[TRADUCTION] . . . il semble assez clair que, selon le droit canadien, un droit de redevance ou un droit de redevance dérogatoire peut être un intérêt foncier si les conditions suivantes sont réunies :

(1) les termes employés pour décrire l’intérêt sont suffisamment précis pour démontrer l’intention des parties que la redevance constitue un intérêt foncier, plutôt qu’un droit contractuel sur une fraction des hydrocarbures extraits du sol;

(2) l’intérêt dont est issue la redevance est lui-même un intérêt foncier.

VI. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimés.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelante : Jones, Rogers, Toronto.

Procureurs des intimés : McDonald Crawford; Bennett Jones, Calgary.

22

23

**Pepsi-Cola Canada Beverages (West)
Ltd. Appellant**

v.

**Retail, Wholesale and Department Store
Union, Local 558, Garry Burkart and Linda
Reiber, personally and as Representatives
of all the members of the Retail, Wholesale
and Department Store Union, Local
558 Respondents**

and

**Attorney General for Alberta,
Canadian Labour Congress and
Canadian Civil Liberties Association
(CCLA) Interveners**

**INDEXED AS: R.W.D.S.U., LOCAL 558 v. PEPSI-COLA
CANADA BEVERAGES (WEST) LTD.**

Neutral citation: 2002 SCC 8.

File No.: 27060.

2000: October 31; 2002: January 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel
JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

*Labour law — Picketing — Secondary picketing —
Union members picketing at locations other than
employer's premises — Employer obtaining injunction
prohibiting such secondary picketing — Whether
secondary picketing illegal per se at common law —
Whether picketing form of expression engaging s. 2(b) of
Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether
wrongful action model making secondary picketing
which amounts to tortious or criminal conduct illegal
should be adopted.*

The union engaged in a variety of protest and picketing
activities during a lawful strike and lockout at one of the
appellant's plants. These activities eventually spread

**Pepsi-Cola Canada Beverages (West)
Ltd. Appelante**

c.

**Syndicat des détaillants, grossistes et
magasins à rayons, section locale 558,
Garry Burkart et Linda Reiber, en leur
propre nom et en qualité de représentants
de tous les membres du Syndicat des
détaillants, grossistes et magasins à rayons,
section locale 558 Intimés**

et

**Procureur général de l'Alberta, Congrès
du travail du Canada et Association
canadienne des libertés civiles
(ACLC) Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : S.D.G.M.R., SECTION LOCALE 558 c.
PEPSI-COLA CANADA BEVERAGES (WEST) LTD.**

Référence neutre : 2002 CSC 8.

N° du greffe : 27060.

2000 : 31 octobre; 2002 : 24 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Basta-
rache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit du travail — Piquetage — Piquetage
secondaire — Membres d'un syndicat piquetant ailleurs
qu'à l'établissement de l'employeur — Employeur
obtenant une injonction interdisant ce piquetage
secondaire — Le piquetage secondaire est-il illégal en
soi en common law? — Le piquetage est-il une forme
d'expression faisant intervenir l'art. 2b) de la Charte
canadienne des droits et libertés? — Y a-t-il lieu d'adopter
l'approche fondée sur la constatation d'un acte fautif qui
rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile
à une conduite délictuelle ou criminelle?*

Dans le cadre d'une grève et d'un lock-out légaux,
le syndicat organise des manifestations et fait du
piquetage à l'un des établissements de l'appelante. Ces

to “secondary” locations, where union members and supporters picketed retail outlets to prevent the delivery of the appellant’s products and dissuade the store staff from accepting delivery; carried placards in front of a hotel where members of the substitute labour force were staying; and engaged in intimidating conduct outside the homes of appellant’s management personnel. An interlocutory injunction was granted which effectively prohibited the union from engaging in picketing activities at secondary locations. A majority of the Court of Appeal upheld the order against congregating at the residences of the appellant’s employees, as these activities constituted tortious conduct. However, the section restraining the union from picketing at any location other than the appellant’s premises was quashed, thus allowing the union to engage in peaceful picketing at secondary locations.

Held: The appeal should be dismissed.

Secondary picketing is generally lawful unless it involves tortious or criminal conduct. This wrongful action model best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It allows for a proper balance between traditional common law rights and *Charter* values and falls in line with the core principles of the collective bargaining system put in place in this country in the years following the Second World War. The wrongful action approach focuses on the character and effects of the activity as opposed to its location. This approach offers a rational test for limiting picketing, and avoids the difficult and often arbitrary distinction between primary and secondary picketing. In addition, labour and non-labour expression is treated in a consistent manner.

The *Hersees* and modified *Hersees* approaches, which start with the proposition that secondary picketing is *per se* unlawful regardless of its character or impact, are out of step with *Charter* values. They also deny adequate protection for free expression and place excessive emphasis on economic harm, in a rigid and inflexible way. Both primary and secondary picketing engage freedom of expression, a value enshrined in s. 2(b) of the *Charter*. While protection from economic harm is an important value capable of justifying limitations on

activités finissent par s’étendre à des lieux de travail « secondaires », où les syndiqués et des partisans font du piquetage devant des points de vente au détail afin d’empêcher la livraison des produits de l’appelante et de dissuader le personnel de ces magasins d’accepter les livraisons; ils portent des affiches devant l’hôtel où séjournent les travailleurs de remplacement; enfin, ils adoptent un comportement intimidant devant les résidences de certains cadres de l’appelante. Est délivrée une injonction interlocutoire interdisant en fait au syndicat de faire du piquetage à des lieux de travail secondaires. La Cour d’appel à la majorité confirme la validité de l’interdiction d’organiser des rassemblements aux résidences des salariés de l’appelante parce que ces activités constituent une conduite délictuelle. Les juges majoritaires annulent toutefois les conclusions interdisant au syndicat de faire du piquetage ailleurs qu’aux établissements de l’appelante, ce qui lui permet de faire du piquetage pacifique à des lieux de travail secondaires.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le piquetage secondaire est généralement légal, sauf s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle. Cette approche fondée sur la constatation d’un acte fautif est celle qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d’une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle permet d’établir un juste équilibre entre les valeurs consacrées dans la *Charte* et les droits traditionnellement reconnus par la common law. Elle respecte aussi les principes fondamentaux du régime de négociation collective instauré dans notre pays au cours des années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale. L’approche fondée sur l’acte fautif se concentre sur la nature et les effets de l’activité plutôt que sur l’identification du lieu où elle se déroule. Elle assujettit la restriction du piquetage à l’application d’un critère rationnel et permet d’éviter la distinction complexe et souvent arbitraire entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. En outre, elle traite d’une manière uniforme l’activité expressive reliée au travail et l’expression dans d’autres domaines.

Les règles découlant de l’arrêt *Hersees*, dans leur forme originale comme dans leurs variantes plus récentes, partent du principe de l’illégalité intrinsèque du piquetage secondaire, sans égard à sa nature et à ses effets, et ne sont pas conformes aux valeurs de la *Charte*. Elles privent également la liberté d’expression de toute protection adéquate et mettent trop l’accent sur le préjudice économique, et ce, d’une manière stricte et rigide. Le piquetage primaire et le piquetage secondaire font intervenir une valeur consacrée à l’al. 2b) de

freedom of expression, it is an error to accord this value absolute or pre-eminent importance over all other values, including free expression.

A wrongful action rule offers sufficient protection for neutral third parties when weighed against the value of free expression. Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts will be impermissible, regardless of where it occurs. In particular, the breadth of the torts of nuisance and defamation should permit control of most coercive picketing. Known torts will also protect property interests. They will not allow for intimidation, and will protect free access to private premises. Finally, rights arising out of contracts or business relationships also receive basic protection through the tort of inducing breach of contract. Moreover, to the extent that it may prove necessary to supplement the wrongful action approach, the courts and legislatures may do so. While legislatures must respect the *Charter* value of free expression and be prepared to justify limiting it, they remain free to develop their own policies governing secondary picketing and to substitute a different balance than the one struck in this case.

Cases Cited

Disapproved: *Hersees of Woodstock Ltd. v. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81; **referred to:** *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303; *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *A. L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271; *Lescar Construction Co. v. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846; *Refrigeration Supplies Co. v. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190; *Nedco Ltd. v. Clark*

la *Charte*, à savoir la liberté d'expression. Bien que la protection contre le préjudice économique représente une valeur importante susceptible de justifier des restrictions à la liberté d'expression, il est erroné d'accorder à cette valeur une importance absolue ou prédominante par rapport à toutes les autres valeurs, y compris la liberté d'expression.

Eu égard à la valeur de la liberté d'expression, la règle de l'acte fautif offre une protection suffisante aux tiers neutres. Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui est assorti d'un délit particulier est interdit peu importe où il a lieu. En particulier, la portée des délits de nuisance et de diffamation devrait permettre d'enrayer le piquetage le plus coercitif. Les délits connus permettent également de protéger les droits de propriété. Ils permettent d'éviter l'intimidation et de protéger la liberté d'accès aux lieux privés. Enfin, le délit d'incitation à la rupture de contrat confère aussi une protection de base aux droits découlant des contrats ou des relations d'affaires. De plus, les tribunaux et le législateur pourront compléter l'approche fondée sur l'acte fautif si cela est nécessaire. Bien qu'il doive respecter la valeur de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte* et être disposé à justifier toute limite qu'il y apporte, le législateur reste libre d'établir ses propres politiques régissant le piquetage secondaire et de remplacer l'équilibre établi en l'espèce par un autre équilibre.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Hersees of Woodstock Ltd. c. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81; **arrêts mentionnés:** *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303; *Daishowa Inc. c. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *A. L. Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271; *Lescar Construction Co. c. Wigman*, [1969] 2

(1973), 43 D.L.R. (3d) 714; *Nedco Ltd. v. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664; *Domtar Chemicals Ltd. v. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73; *Inglis Ltd. v. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525; *Magasins Continental Ltée v. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195; 2985420 *Canada Inc. v. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44; *Peter Kiewit Sons Co. v. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL); *McLean Trucking Co. v. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047; *Alex Henry & Son Ltd. v. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311; *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. v. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL); *Air Canada v. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159; *Soo-Security Motorways Ltd. v. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354; 683481 *Ontario Ltd. v. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346; *Neumann and Young Ltd. v. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11; *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292, aff'd [1965] O.J. No. 504 (QL); *Robertson Yates Corp. v. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091; *Toronto Harbour Commissioners v. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276; *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385, aff'd (1972), 28 D.L.R. (3d) 180; *J. S. Ellis & Co. v. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397; *Rocca Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198; *PCL Construction Management Inc. v. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. v. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285; *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762; *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342, application for leave to appeal dismissed (1989), 94 N.S.R. (2d) 398; *Provincial Express Inc. v. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75; *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL); *National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 32(1).
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 104(3).
Labour Relations Act, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 128(3).

O.R. 846; *Refrigeration Supplies Co. c. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190; *Nedco Ltd. c. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714; *Nedco Ltd. c. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664; *Domtar Chemicals Ltd. c. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73; *Inglis Ltd. c. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525; *Magasins Continental Ltée c. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195; 2985420 *Canada Inc. c. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44; *Peter Kiewit Sons Co. c. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL); *McLean Trucking Co. c. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047; *Alex Henry & Son Ltd. c. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311; *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. c. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL); *Air Canada c. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159; *Soo-Security Motorways Ltd. c. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354; 683481 *Ontario Ltd. c. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346; *Neumann and Young Ltd. c. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11; *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *Heather Hill Appliances Ltd. c. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292, conf. par [1965] O.J. No. 504 (QL); *Robertson Yates Corp. c. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091; *Toronto Harbour Commissioners c. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276; *CTV Television Network Ltd. c. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385, conf. par (1972), 28 D.L.R. (3d) 180; *J. S. Ellis & Co. c. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397; *Rocca Construction Ltd. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198; *PCL Construction Management Inc. c. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. c. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285; *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762; *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. c. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342, demande d'autorisation d'appel rejetée (1989), 94 N.S.R. (2d) 398; *Provincial Express Inc. c. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75; *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL); *National Labor Relations Board c. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d), 32(1).
Labour Relations Act, R.S.N. 1990, ch. L-1, art. 128(3).
Labour Relations Code, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 84.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 1.

Labour Relations Code, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 84.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 1.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, ss. 27, 28.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2001, release No. 16).
 Arthurs, H. W. "Comments" (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 573.
 Beatty, David M. "Secondary Boycotts: A Functional Analysis" (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 388.
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Cox, Archibald. "Strikes, Picketing and the Constitution" (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 167 D.L.R. (4th) 220, 172 Sask. R. 40, [1999] 8 W.W.R. 429, [1998] S.J. No. 727 (QL), allowing in part the Union's appeal of a decision of the Court of Queen's Bench granting an interlocutory injunction enjoining secondary picketing during a labour dispute. Appeal dismissed.

Robert G. Richards, Q.C., and *M. Jean Torrens*, for the appellant.

Larry W. Kowalchuk, for the respondents.

Roderick Wiltshire, for the intervener Attorney General for Alberta.

John Baigent, for the intervener Canadian Labour Congress.

David Sherriff-Scott, for the intervener Canadian Civil Liberties Association (CCLA).

The judgment of the Court was delivered by

Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 104(3).
Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 27, 28.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2001, release No. 16).
 Arthurs, H. W. « Comments » (1963), 41 *R. du B. can.* 573.
 Beatty, David M. « Secondary Boycotts : A Functional Analysis » (1974), 52 *R. du B. can.* 388.
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1986.
 Cox, Archibald. « Strikes, Picketing and the Constitution » (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia : LBC Information Services, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1998), 167 D.L.R. (4th) 220, 172 Sask. R. 40, [1999] 8 W.W.R. 429, [1998] S.J. No. 727 (QL), accueillant en partie l'appel du syndicat contre une décision de la Cour du Banc de la Reine qui avait accordé une injonction interlocutoire interdisant le piquetage secondaire pendant un conflit de travail. Pourvoi rejeté.

Robert G. Richards, c.r., et *M. Jean Torrens*, pour l'appelante.

Larry W. Kowalchuk, pour les intimés.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John Baigent, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

David Sherriff-Scott, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles (ACLC).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL — La présente affaire soulève la question de la légalité du piquetage secondaire — généralement défini comme le piquetage destiné à appuyer un syndicat, qui se fait ailleurs qu'à l'établissement de l'employeur des membres du syndicat en question.

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. — This case raises the issue of when if ever secondary picketing — typically defined as picketing in support of a union which occurs at a location other than the premises of that union's employer — may be legally conducted. The respondents (the "Union") were on

strike against Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ("Pepsi-Cola") in Saskatchewan. The strike escalated and the Union picketed some of Pepsi-Cola's retail outlets, placed placards outside a hotel where substitute workers were staying, and demonstrated outside the homes of Pepsi-Cola's management personnel. The issue is whether such conduct is unlawful and can be enjoined.

The law on this issue has been clarified by legislation in a number of Canadian provinces. Saskatchewan has legislated to abolish the tort of restraint of trade in the union context: *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 27. However, apart from this it has left the common law in place. The Union, supported by the Canadian Labour Congress and the Canadian Civil Liberties Association, argues that the common law as presently articulated is difficult to apply and unnecessarily curtails the right to free expression. Pepsi-Cola, on the other hand, defends the present rule as workable and appropriate to protect business interests and prevent labour disputes from spreading to non-parties to the dispute.

For the reasons that follow, we conclude that secondary picketing is generally lawful unless it involves tortious or criminal conduct, and that the Saskatchewan Court of Appeal correctly disposed of the issues on this basis.

I. Facts

The Union gained certification as bargaining agent for the employees of a bottling plant and delivery facility in Saskatchewan. Their collective agreement had expired, and negotiations broke down. The employer, Pepsi-Cola, locked out its employees and the employees walked out on strike. The lockout and strike were legal under *The Trade Union Act*. The conflict quickly grew bitter. At the news of the lockout, several employees took control of the warehouse, office and yard. They disabled trucks, blocked entrances and threatened manage-

Les intimés (le « syndicat ») sont en grève contre Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. (« Pepsi-Cola ») en Saskatchewan. La grève dégénère et le syndicat forme des piquets de grève devant certains points de vente au détail de Pepsi-Cola, pose des affiches à l'extérieur de l'hôtel où séjournent les travailleurs de remplacement et manifeste devant les résidences de cadres de Pepsi-Cola. Il s'agit de déterminer si une telle conduite est illégale et peut être interdite.

Dans un certain nombre de provinces canadiennes, le législateur a précisé le droit sur cette question. La Saskatchewan a adopté une disposition législative abrogeant le délit de restriction de la liberté de commerce dans le cadre syndical : *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 27. Cependant, hormis cela, elle a maintenu l'application de la common law. Avec l'appui du Congrès du travail du Canada et de l'Association canadienne des libertés civiles, le syndicat prétend que, dans son état actuel, la common law est difficile à appliquer et restreint inutilement le droit à la liberté d'expression. Pepsi-Cola, pour sa part, soutient que la règle actuelle est efficace et utile pour protéger les intérêts commerciaux et empêcher que les conflits de travail ne s'étendent à des tiers.

Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le piquetage secondaire est généralement légal, sauf s'il comporte une conduite délictuelle ou criminelle, et que la Cour d'appel de la Saskatchewan a eu raison d'appliquer ce principe pour trancher les questions en litige.

I. Les faits

Le syndicat obtient l'accréditation en tant qu'agent négociateur des salariés d'une usine d'embouteillage et d'un centre de livraison en Saskatchewan. La convention collective des salariés est échue et les négociations sont rompues. L'employeur, Pepsi-Cola, met ses salariés en lock-out et ceux-ci déclenchent une grève. Le lock-out et la grève sont légaux en vertu de la *Trade Union Act*. Le conflit s'envenime rapidement. Lorsqu'ils prennent connaissance du lock-out, plusieurs salariés investissent l'entrepôt, les bureaux et la cour de

2

3

4

ment. Security guards left the scene in fear for their safety. An interim injunction was issued against the Union's acts of trespass, intimidation and nuisance. Pepsi-Cola then regained control of its facilities and resumed business, using management personnel and substitute labour brought in from Calgary and Winnipeg.

l'entreprise. Ils mettent des camions hors d'usage, bloquent des entrées et menacent des cadres. Les gardiens de sécurité quittent les lieux parce qu'ils craignent pour leur sécurité. Une injonction provisoire interdisant toute intrusion, intimidation et nuisance de la part du syndicat est délivrée. Pepsi-Cola reprend alors le contrôle de ses installations et poursuit ses activités en recourant aux services de cadres et de travailleurs de remplacement venus de Calgary et de Winnipeg.

5 The following week, as Pepsi-Cola tried to resume deliveries to its clients, some of the Union members attempted to prevent the movement of trucks, interfere with deliveries, discourage the management and the substitute work force, and dissuade customers from carrying on business with Pepsi-Cola. Protests and picketing spread to "secondary" locations, where Union members and supporters engaged in a variety of activities. They picketed certain retail outlets, thus preventing the delivery of Pepsi-Cola's products and dissuading the store staff from accepting delivery; they carried placards in front of a hotel where members of the substitute labour force were staying; and they convened outside the homes of some of Pepsi-Cola's management personnel and chanted slogans, screamed insults, and uttered threats of harm.

La semaine suivante, alors que Pepsi-Cola tente de reprendre les livraisons à ses clients, certains membres du syndicat essaient d'empêcher les camions de circuler, de perturber les livraisons, de décourager les cadres et les travailleurs de remplacement, et de dissuader les clients de faire affaire avec Pepsi-Cola. Les manifestations et le piquetage s'étendent à des lieux de travail « secondaires », où les syndiqués et des partisans se livrent à diverses activités. Ils font du piquetage devant certains points de vente au détail, empêchant ainsi la livraison de produits Pepsi-Cola et dissuadant le personnel de ces magasins d'accepter les livraisons; ils portent des affiches devant l'hôtel où séjournent des travailleurs de remplacement; enfin, ils se rassemblent devant les résidences de certains cadres de Pepsi-Cola et scandent des slogans, crient des insultes et profèrent des menaces.

II. Judgments

1. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

II. Les jugements

1. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

6 On May 16, 1997, Allbright J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench granted an interlocutory injunction ordering the Union to vacate and refrain from trespassing at Pepsi-Cola's premises in Saskatoon. The Union was also restrained from picketing "except in an orderly manner and provided such picketers remain off of the said premises". The order also prohibited the Union from obstructing or blocking access to Pepsi-Cola's premises and from attempting to intimidate Pepsi-Cola's employees, customers, or anyone else entering or leaving Pepsi-Cola's premises.

Le 16 mai 1997, le juge Allbright de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan accorde une injonction interlocutoire ordonnant au syndicat de quitter l'établissement de Pepsi-Cola à Saskatoon et de s'abstenir d'y entrer sans autorisation. De même, le syndicat ne pourra faire du piquetage [TRADUCTION] « qu'à la condition que ce soit fait de façon pacifique et que les piqueteurs ne pénètrent pas dans cet établissement ». Enfin, l'ordonnance interdit au syndicat d'obstruer ou de bloquer l'accès à l'établissement de Pepsi-Cola et de tenter d'intimider les salariés et les clients de l'entreprise, de même que toute personne entrant dans son établissement ou en sortant.

On May 23, 1997, Barclay J. dissolved the previous injunction and issued a new interlocutory order with the following terms:

1. The defendants and each of them and any person acting under their instruction, direction or behest and any member of the defendant Union, and any other person having knowledge of this Order are, until the trial of this action, or until further order, hereby:
 - i) restrained from picketing or congregating at any location other than the plaintiff's premises located at the intersection of Millar Avenue and 43rd Street and bearing civic address 830 – 43rd Street East, Saskatoon, Saskatchewan and the Custom Truck premises at 2410 Northridge Drive, Saskatoon, Saskatchewan, provided that all such picketers remain off the premises;
 - ii) restrained from obstructing or blocking places of entrance to or egress from the said premises;
 - iii) restrained from threatening, harassing, or intimidating or attempting to harass or intimidate in any way the plaintiff's employees, any person seeking to do business with the plaintiff, and/or any person seeking to enter or leave the said premises;
 - iv) restrained from picketing, watching or besetting, trespassing, creating a nuisance or congregating at the residences of the plaintiff's employees or their families, or intimidating, threatening or obstructing the plaintiff's employees or their family members;
 - v) restrained from blocking and/or impeding the plaintiff's vehicles or otherwise interfering in any manner whatsoever with the plaintiff's employees in the carrying out of their duties;
 - vi) restrained from trespassing upon or re-entering the plaintiff's premises.

Parts i) and iv) of Barclay J.'s order effectively prohibited the Union from engaging in picketing activities at secondary locations. The Union appealed these parts of the order on the basis that it

Le 23 mai 1997, le juge Barclay annule l'injonction précédente et délivre une nouvelle ordonnance interlocutoire rédigée en ces termes :

[TRADUCTION]

1. Jusqu'à l'instruction de la présente action ou jusqu'à la délivrance d'une nouvelle ordonnance, il est ordonné aux défendeurs, à toute personne agissant selon leurs instructions, sous leur direction ou sur leur ordre, ainsi qu'à tout membre du syndicat défendeur et à toute personne ayant connaissance de la présente ordonnance :
 - i) de s'abstenir de faire du piquetage et de se rassembler ailleurs qu'à l'établissement de la demanderesse, situé à l'intersection de l'avenue Millar et de la 43^e Rue, au 830, 43^e Rue Est, Saskatoon (Saskatchewan), et qu'à l'établissement de Custom Truck, situé au 2410, promenade Northridge, Saskatoon (Saskatchewan), pourvu que les piqueteurs ne pénètrent pas dans ces établissements;
 - ii) de s'abstenir d'obstruer ou de bloquer les entrées et les sorties de ces établissements;
 - iii) de s'abstenir de menacer, de harceler, d'intimider ou de tenter de harceler ou d'intimider de quelque façon que ce soit les salariés de la demanderesse, toute personne cherchant à faire affaire avec celle-ci ou toute personne cherchant à entrer dans ses établissements ou à en sortir;
 - iv) de s'abstenir de faire du piquetage devant les résidences des salariés de la demanderesse ou de leurs familles, de surveiller ou de cerner ces endroits, d'y entrer sans autorisation, d'y créer une nuisance ou de s'y rassembler, et d'intimider ou de menacer les salariés de la demanderesse ou les membres de leur famille ou de leur obstruer le passage;
 - v) de s'abstenir de bloquer ou d'entraver l'accès aux véhicules de la demanderesse ou d'empêcher de quelque façon que ce soit ses salariés d'exercer leurs fonctions;
 - vi) de s'abstenir d'entrer sans autorisation dans les établissements de la demanderesse ou d'y retourner.

Les parties i) et iv) de l'ordonnance du juge Barclay interdisent en fait au syndicat de faire du piquetage à des lieux de travail secondaires. Le syndicat interjette appel contre ces parties de l'ordonnance

breached the strikers' rights to freedom of expression and association under ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2. *Saskatchewan Court of Appeal* (1998), 167 D.L.R. (4th) 220

9

Writing for the majority of the Saskatchewan Court of Appeal, Cameron J.A. allowed the Union's appeal in part. The majority upheld the part of the injunction which prevented the Union from congregating at the residences of Pepsi-Cola's employees, as these activities were found to have amounted to tortious conduct. However, the section restraining the Union from picketing at any location other than Pepsi-Cola's premises was quashed, thus allowing the Union to engage in peaceful picketing at secondary locations.

10

Cameron J.A. reasoned that the nature and purpose of picketing involves the presence of pickets and the conveying of information in order to interfere with and put economic pressure on the operation of the enterprise. Cameron J.A. went on to note at p. 230 that "picketing constitutes an exercise of the fundamental freedom of expression which can only be circumscribed by laws, whether statutory, regulatory, or common, that accord with the constitutional norms" of the *Charter*. Given that the province of Saskatchewan had not imposed any statutory restriction on picketing, this form of collective expression remained lawful in principle, and courts could restrain it only when it was accompanied by a specific tort, such as trespass, nuisance, intimidation, breach of contract or defamation. The majority thus disagreed with the *obiter* comments of the Ontario Court of Appeal in *Hersees of Woodstock Ltd. v. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81, that held that secondary picketing was illegal *per se* at common law.

11

The Court of Appeal viewed the picketing at the secondary locations as essentially peaceful and informational, aimed at dissuading others from doing business with Pepsi-Cola. Once the truly vio-

en faisant valoir qu'elles portent atteinte aux droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association garantis aux grévistes par les al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2. *Cour d'appel de la Saskatchewan* (1998), 167 D.L.R. (4th) 220

S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan, le juge Cameron accueille en partie l'appel du syndicat. Les juges majoritaires confirment la partie de l'injonction interdisant au syndicat d'organiser des rassemblements aux résidences des salariés de Pepsi-Cola, parce qu'ils considèrent que ces activités ont constitué une conduite délictueuse. Ils annulent toutefois les conclusions interdisant au syndicat de faire du piquetage ailleurs qu'aux établissements de Pepsi-Cola, ce qui lui permet de faire du piquetage pacifique à des lieux de travail secondaires.

Selon le juge Cameron, le piquetage comporte, de par sa nature et son objet, la présence de piqueurs et la communication de renseignements destinés à gêner l'exploitation de l'entreprise et à exercer des pressions économiques sur celle-ci. Le juge Cameron ajoute, à la p. 230, que [TRADUCTION] « le piquetage représente un mode d'exercice de la liberté d'expression fondamentale. Le piquetage ne peut alors être circonscrit que par des règles de droit établies par une loi, un règlement ou la common law, elles-mêmes conformes aux normes constitutionnelles » de la *Charte*. Puisque la Saskatchewan n'a imposé aucune restriction légale au piquetage, cette forme d'expression collective demeure légale en principe et les tribunaux ne peuvent la restreindre que si elle est assortie d'un délit précis comme l'intrusion, la nuisance, l'intimidation, la rupture de contrat ou la diffamation. Les juges majoritaires sont donc en désaccord avec les observations incidentes de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hersees of Woodstock Ltd. c. Goldstein*, [1963] 2 O.R. 81, selon lesquelles le piquetage secondaire est illégal en soi en common law.

La Cour d'appel a jugé que le piquetage aux lieux de travail secondaires était essentiellement pacifique et informatif et qu'il visait à dissuader des tiers de faire affaire avec Pepsi-Cola. Dans la mesure où les

lent or tortious acts had been enjoined, the picketing did not affect anyone’s use or enjoyment of their property. In dissent, Wakeling J.A. viewed the secondary picketing as illegal *per se* at common law, and would have dismissed the appeal.

actes vraiment violents ou délictueux étaient interdits, le piquetage n’empêchait personne d’utiliser ou de jouir de sa propriété. Dissident, le juge Wakeling considérait que le piquetage secondaire était illégal en soi en common law et il aurait rejeté l’appel.

Pepsi-Cola was granted leave to appeal to this Court, and interveners were granted status to raise policy issues before the Court.

Pepsi-Cola a été autorisée à se pourvoir devant notre Cour. D’autres parties ont obtenu la qualité d’intervenant, afin de soulever des questions de politique générale devant nous.

12

III. Legislation

III. Les dispositions législatives

Canadian Charter of Rights and Freedoms

Charte canadienne des droits et libertés

13

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

(d) freedom of association.

d) liberté d’association.

32. (1) This Charter applies

32. (1) La présente charte s’applique :

(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

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) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17

Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17

[TRADUCTION]

27. A trade union and the acts thereof shall not be deemed to be unlawful by reason only that one or more of its objects are in restraint of trade.

27. Un syndicat et ses actes ne sont pas présumés illégaux du seul fait qu’un seul ou plusieurs de ses objets restreignent la liberté de commerce.

IV. Issues

IV. Les questions en litige

The main issue in this appeal is the legality of secondary picketing at common law. A secondary issue is whether the employer, Pepsi-Cola, can apply for relief against secondary picketing, or whether only the third parties affected by secondary picketing may apply.

La légalité du piquetage secondaire en common law constitue la principale question en litige dans le présent pourvoi. Une question secondaire est de savoir si l’employeur, Pepsi-Cola, peut solliciter l’interdiction du piquetage secondaire ou si seuls les tiers touchés par ce piquetage peuvent le faire.

14

V. Analysis

1. *Preliminary Questions*

15 Two preliminary issues arise: (1) whether the courts have the power to make the sort of change advocated by the Union; (2) if so, how the *Charter* may affect the development of the common law.

16 On the first issue, we conclude that the change in the common law here at issue lies within the proper power of the courts. The status of secondary picketing at common law remains unsettled and inconsistent across jurisdictions. The Court in this case is not required to overturn a well-established rule at common law, but rather to clarify the common law given two strands of conflicting authority, each with some claim to precedent. Resolution of the conflicting lines of authority lies well within the powers of a court of common law (see *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 733). Moreover, any change to the common law should be incremental. Proposed modifications that will have complex and far-reaching effects are in the proper domain of the legislature (see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43).

17 Against this conclusion, Pepsi-Cola argues that the failure of Saskatchewan to legislate on the matter, as some other provinces have, suggests that the Legislature intended to keep the common law as it is. We cannot agree. There is nothing to suggest that the statutory silence should be interpreted as a legislative intent to crystallize the common law and preclude its development in this area. The law as it presently stands was developed by judges in response to social, moral and economic needs. Equally, judges can and should alter the common law to reflect these needs as they change over time: *Salituro*, *supra*; see also *Watkins*, *supra*, and *Friedmann Equity*, *supra*. The Saskatchewan Legislature must be taken to have understood this

V. Analyse

1. *Questions préliminaires*

Deux questions préliminaires se posent : (1) Les tribunaux ont-ils le pouvoir d'effectuer le type de changement préconisé par le syndicat? (2) Dans l'affirmative, comment la *Charte* peut-elle influencer sur l'évolution de la common law?

À propos de la première question, nous concluons que les tribunaux ont le pouvoir légitime d'apporter à la common law le changement dont il est question en l'espèce. La situation juridique du piquetage secondaire en common law reste encore incertaine et diffère d'un ressort à l'autre. Notre Cour est appelée en l'espèce non pas à écarter une règle de common law bien établie, mais plutôt à clarifier la common law à la lumière de deux courants jurisprudentiels contradictoires, dont chacun peut être considéré dans une certaine mesure comme faisant autorité. Les tribunaux de common law détiennent sûrement le pouvoir de résoudre les conflits jurisprudentiels (voir *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 733). De plus, tout changement apporté à la common law doit être progressif. Les modifications proposées qui auront des effets complexes et d'une grande portée relèvent du législateur (voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 43).

À l'encontre de cette conclusion, Pepsi-Cola prétend que le fait que la Saskatchewan n'ait pas, contrairement à d'autres provinces, légiféré en la matière indique que le législateur a voulu maintenir la common law dans son état actuel. Nous ne pouvons pas être d'accord. Rien ne porte à croire que le silence du législateur indique une intention de cristalliser la common law et d'empêcher son évolution dans ce domaine. La common law actuelle a été conçue par les juges pour répondre à des besoins sociaux, moraux et économiques. De même, les juges peuvent et doivent modifier la common law afin de l'adapter aux changements que ces besoins subissent avec le temps : *Salituro*, précité; voir également *Watkins* et *Friedmann Equity*, précités. Il faut con-

when they chose to leave the matter of secondary picketing to the common law.

The second preliminary issue is how the *Charter* may affect the development of the common law. Here again the answer seems clear. The *Charter* constitutionally enshrines essential values and principles widely recognized in Canada, and more generally, within Western democracies. *Charter* rights, based on a long process of historical and political development, constitute a fundamental element of the Canadian legal order upon the patriation of the Constitution. The *Charter* must thus be viewed as one of the guiding instruments in the development of Canadian law.

This Court first considered the relationship between the common law and the *Charter* in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J. concluded, at p. 603:

Where, however, private party “A” sues private party “B” relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law.

The reasons of McIntyre J. emphasize that the common law does not exist in a vacuum. The common law reflects the experience of the past, the reality of modern social concerns and a sensitivity to the future. As such, it does not grow in isolation from the *Charter*, but rather with it.

Although s. 2(b) of the *Charter* is not directly implicated in the present appeal, the right to free expression that it enshrines is a fundamental Canadian value. The development of the common law must therefore reflect this value. Indeed, quite apart from the *Charter*, the value of free expression informs the common law. As

sidérer qu’en Saskatchewan le législateur a compris cela lorsqu’il a décidé de s’en remettre à la common law en ce qui concerne le piquetage secondaire.

La deuxième question préliminaire est de savoir comment la *Charte* peut influencer sur l’évolution de la common law. Ici encore, la réponse semble claire. La *Charte* constitutionnalise des valeurs et des principes essentiels généralement acceptés au Canada et, de façon plus générale, dans les démocraties occidentales. Les droits consacrés par la *Charte*, qui sont le fruit d’une longue évolution historique et politique, constituent un élément fondamental de l’ordre juridique du Canada depuis le rapatriement de la Constitution. La *Charte* doit donc être considérée comme l’un des outils qui guident l’évolution du droit canadien.

Notre Cour a examiné pour la première fois les rapports entre la common law et la *Charte* dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre conclut, à la p. 603 :

Toutefois, lorsque « A », une partie privée, actionne « B », une partie privée, en s’appuyant sur la *common law* et qu’aucun acte du gouvernement n’est invoqué à l’appui de la poursuite, la *Charte* ne s’appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c’est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d’une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d’être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

Dans ses motifs, le juge McIntyre met l’accent sur le fait que la common law n’existe pas de façon spontanée. Elle reflète l’expérience du passé, la réalité des préoccupations sociales contemporaines ainsi qu’une sensibilité à l’avenir. Voilà pourquoi elle évolue non pas séparément de la *Charte*, mais plutôt en liaison avec elle.

Bien que l’al. 2b) de la *Charte* ne soit pas directement en cause dans le présent pourvoi, le droit à la liberté d’expression qu’il consacre est une valeur canadienne fondamentale. L’évolution de la common law doit donc refléter cette valeur. En effet, indépendamment de la *Charte*, la valeur que constitue la liberté d’expression sous-tend la common law.

18

19

20

McIntyre J. observed in *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 583.

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society.

Comme le juge McIntyre l'a fait remarquer dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, p. 583 :

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale.

21 At the same time, it must be recognized that the common law addresses a myriad of very diverse relationships and seeks to protect a host of legitimate interests not engaged by the *Charter*. Salient among these are the life of the economy and individual economic interests. Common law rules ensure the protection of property interests and contractual relationships. Nevertheless, where these laws implicate *Charter* values, these values may be considered.

Du même coup, il faut reconnaître que la common law traite d'une multitude de rapports très variés et cherche à protéger une foule d'intérêts légitimes non visés par la *Charte*. La vie économique et les intérêts économiques personnels en constituent des exemples frappants. Les règles de common law protègent les droits de propriété et les relations contractuelles. Néanmoins, lorsque ces règles mettent en cause des valeurs de la *Charte*, ces valeurs peuvent être prises en considération.

22 In *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 97, the Court adopted a flexible balancing approach to addressing alleged inconsistencies between the common law and *Charter* values:

Dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 97, notre Cour a adopté une méthode de pondération souple afin de résoudre les présumées contradictions entre la common law et les valeurs de la *Charte* :

Charter values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.

Formulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire.

The Court also cautioned that: “[f]ar-reaching changes to the common law must be left to the legislature” (para. 96). Finally, the Court determined that the party alleging an inconsistency between the common law and the *Charter* bears the onus of proving “that the common law fails to comply with *Charter* values and that, when these values are balanced, the common law should be modified” (para. 98). It is upon this basis that we proceed to balance the values at stake in the present appeal.

Notre Cour a également prévenu que « [l]es changements d'ampleur à la common law doivent être laissés au législateur » (par. 96). Enfin, elle a décidé qu'il incombe à la partie alléguant l'existence d'une contradiction entre la common law et la *Charte* d'établir « que la common law ne respecte pas les valeurs de la *Charte* et que, suivant la pondération de ces valeurs, la common law doit être modifiée » (par. 98). C'est en fonction de cela que nous pondérons les valeurs en jeu dans le présent pourvoi.

2. *The Competing Values and Interests*

2. *Les valeurs et les intérêts opposés*

(a) Historical Perspective of the Function of Picketing in a Labour Dispute

a) Point de vue historique sur le rôle du piquetage dans un conflit de travail

23 The relationship between picketing and free expression is cast against the backdrop of a labour relations system that has profoundly changed over the past half-century. It was not until after the

Le rapport qui existe entre le piquetage et la liberté d'expression a pour toile de fond un régime de relations du travail qui a changé profondément au cours des cinquante dernières années. Ce n'est

Second World War that governments began to formally accept that unions have a role to play in the economy and society. In the decades that followed, the fundamental propositions of modern labour law took root.

Workers have the right to be represented by a union, and when a union supported by a majority of the workers is in place, employers are obliged to negotiate in good faith with the union. Good faith negotiation is the primary engine of industrial peace and economic efficiency. Occasionally, however, negotiations stall and disputes threaten labour peace. When this happens, it has come to be accepted that, within limits, unions and employers may legitimately exert economic pressure on each other to the end of resolving their dispute. Thus, employees are entitled to withdraw their services, inflicting economic harm directly on their employer and indirectly on third parties which do business with their employer. Employers are similarly entitled to exert economic pressure on their employees through the use of lockouts and, in most jurisdictions in Canada, through the hiring of replacement workers.

Labour disputes may touch important sectors of the economy, affecting towns, regions, and sometimes the entire country. The cost to the parties and the public may be significant. Nevertheless, our society has come to see it as justified by the higher goal of achieving resolution of employer-employee disputes and the maintenance of economic and social peace. The legally limited use of economic pressure and the infliction of economic harm in a labour dispute has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their differences in a way that both can live with (see generally G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11 to 1-15).

qu'après la Deuxième Guerre mondiale que les gouvernements ont commencé à reconnaître officiellement que les syndicats ont un rôle à jouer dans l'économie et la société. Pendant les décennies qui ont suivi, les principes fondamentaux du droit du travail moderne ont pris racine.

Les travailleurs ont le droit d'être représentés par un syndicat et, lorsqu'un syndicat est appuyé par la majorité des travailleurs, les employeurs sont tenus de négocier de bonne foi avec lui. La négociation de bonne foi est le principal moteur de la paix industrielle et de l'efficacité économique. Cependant, il arrive que des négociations cessent et que des conflits menacent la paix dans les relations du travail. On a alors accepté que, le cas échéant, les syndicats et les employeurs puissent légitimement exercer, dans une certaine mesure, des pressions économiques les uns sur les autres en vue de résoudre le différend qui les oppose. En conséquence, les salariés jouissent du droit de cesser de fournir leurs services, ce qui cause un préjudice économique directement à leur employeur et indirectement aux tiers qui font affaire avec lui. De même, les employeurs conservent le droit d'exercer des pressions économiques sur leurs salariés en recourant au lock-out et, dans la plupart des ressorts canadiens, à des travailleurs de remplacement.

Les conflits de travail peuvent toucher des secteurs importants de l'économie et avoir des répercussions sur des villes, des régions et, parfois, sur le pays tout entier. Il peut en résulter des coûts importants pour les parties et le public. Néanmoins, notre société en est venue à reconnaître que ces coûts sont justifiés eu égard à l'objectif supérieur de la résolution des conflits de travail et du maintien de la paix économique et sociale. Désormais, elle accepte aussi que l'exercice de pressions économiques, dans les limites autorisées par la loi, et l'infliction d'un préjudice économique lors d'un conflit de travail représentent le prix d'un système qui encourage les parties à résoudre leurs différends d'une manière acceptable pour chacune d'elles (voir, de manière générale, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11 à 1-15).

24

25

(b) Picketing and Free Expression

26

The term “picketing” attaches to a wide range of diverse activities and objectives, and allows for innumerable variations. One text on Canadian labour law hazards this general description of the common themes that define picketing, as well as the diversity this broad term allows:

Ingredients common to the act of picketing in all jurisdictions appear to be the physical presence of persons called pickets, the conveying of information, and the object of persuasion. The “presence” element may take many forms, from one or two persons, in the vicinity of the entrance of the premises, comparatively indifferent to the outcome of the dispute, to large numbers calculated physically to prevent ingress and egress. . . . The conveying of information may also take many forms, from the use of handbills, arm bands, placards and sandwich boards to sound trucks, and from the recitation of events to the conveying of exhortative messages. The object of persuasion appears to remain constant, to induce a boycott of the picketed operations by employees, customers, suppliers and others on whom the employer is dependent for the successful operation of his enterprise.

(A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at pp. 609-10)

27

In labour law, picketing is commonly understood as an organized effort of people carrying placards in a public place at or near business premises. The act of picketing involves an element of physical presence, which in turn incorporates an expressive component. Its purposes are usually twofold: first, to convey information about a labour dispute in order to gain support for its cause from other workers, clients of the struck employer, or the general public, and second, to put social and economic pressure on the employer and, often by extension, on its suppliers and clients (see, for example, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303, at paras. 32-33, *per* McCormack, Chair).

b) Le piquetage et la liberté d'expression

Le mot « piquetage » désigne une vaste gamme d'activités et d'objectifs et se prête à d'innombrables variations. Un commentaire en droit canadien du travail esquisse cette description générale des thèmes communs qui définissent le piquetage et de la diversité des activités que ce terme général permet :

[TRADUCTION] Dans tous les ressorts, les éléments communs du piquetage semblent être la présence physique de personnes appelées piqueteurs, la communication de renseignements et l'objectif visé par l'effort de persuasion. L'élément « présence » peut prendre plusieurs formes, allant de la présence d'une à deux personnes qui se tiennent à proximité de l'entrée des lieux et qui sont relativement indifférentes à l'issue du conflit, à un grand nombre de personnes déployées de façon à empêcher les gens d'entrer et de sortir [. . .] La communication de renseignements peut elle aussi prendre plusieurs formes, allant de l'utilisation de tracts, de brassards, d'affiches et de tableaux-annonces à celle de camions de sonorisation, et allant de l'énumération de certains faits à l'expression de messages d'exhortation. L'objectif visé par l'effort de persuasion semble demeurer constant, savoir amener le boycottage des activités visées par le piquetage par les employés, les clients, les fournisseurs et d'autres personnes dont l'employeur dépend pour le succès de son entreprise.

(A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2^e éd. 1986), p. 609-610)

En droit du travail, le piquetage s'entend généralement de l'effort concerté de gens qui portent des affiches dans un endroit public situé dans des lieux d'affaires ou près de ceux-ci. Le piquetage comporte un élément de présence physique qui, à son tour, inclut une composante expressive. Il vise généralement deux objectifs : premièrement, communiquer des renseignements au sujet d'un conflit de travail afin d'amener d'autres travailleurs, les clients de l'employeur frappé par le conflit ou le public en général à appuyer la cause des piqueteurs; deuxièmement, exercer des pressions sociales et économiques sur l'employeur et, souvent par voie de conséquence, sur ses fournisseurs et ses clients (voir, par exemple, *Great Atlantic & Pacific Co. of Canada*, [1994] OLRB Rep. March 303, par. 32-33, la présidente McCormack).

Generally, provincial labour law statutes regulating picketing refrain from any attempt at expressly defining it (see, for example, the Newfoundland *Labour Relations Act*, R.S.N. 1990, c. L-1, s. 128(3); the New Brunswick *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 104(3); the Alberta *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 84). The British Columbia *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, is an exception, in which picketing is defined as:

1 (1) In this Code:

“picket” or “picketing” means attending at or near a person’s place of business, operations or employment for the purpose of persuading or attempting to persuade anyone not to

- (a) enter that place of business, operations or employment,
- (b) deal in or handle that person’s products, or
- (c) do business with that person,

and a similar act at such a place that has an equivalent purpose;

This definition illustrates the breadth of the concept of picketing. On this definition, picketing arguably would extend to include the action of a group of people standing near a location — without carrying placards, handing out leaflets or addressing anyone — if their presence is intended to persuade someone else from doing business at that location.

A distinction is sometimes made between primary and secondary picketing. Primary picketing typically refers to picketing at the premises of the employer; secondary picketing is picketing at other premises. No provincial legislature has expressly defined “secondary picketing”. However, in carving out the core of permissible picketing, legislatures sometimes resort to location as a marker. (See the

En général, les lois provinciales en matière de travail régissant le piquetage ne définissent pas expressément ce terme (voir, par exemple, la *Labour Relations Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. L-1, par. 128(3); la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 104(3); le *Labour Relations Code* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-1, art. 84). Le *Labour Relations Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 244, fait exception et définit ainsi le piquetage :

[TRADUCTION]

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent Code.

« piqueter » ou « piquetage » Le fait de se trouver au lieu d’affaires, d’activités ou de travail d’une personne ou aux abords de celui-ci dans le but de persuader ou de tenter de persuader quelqu’un de ne pas :

- a) entrer dans ce lieu d’affaires, d’activités ou de travail;
- b) tenir ou faire le commerce des produits de cette personne;
- c) faire des affaires avec cette personne.

S’entend également de tout acte similaire accompli à un tel endroit dans un but équivalent.

Cette définition illustre la portée du concept de piquetage. Selon cette définition, on peut soutenir que le piquetage comprend le fait pour un groupe de personnes de se tenir près d’un endroit — sans porter d’affiches, distribuer des tracts ni adresser la parole à qui que ce soit — si la présence de ces personnes a pour objet de dissuader quelqu’un d’autre d’y faire des affaires.

On fait parfois la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Le piquetage primaire désigne généralement le piquetage fait à l’établissement de l’employeur, alors que le piquetage secondaire désigne le piquetage fait ailleurs. Aucun législateur provincial n’a défini expressément le « piquetage secondaire ». Toutefois, lorsqu’il établit les éléments essentiels du piquetage autorisé,

Newfoundland *Labour Relations Act* and the New Brunswick *Industrial Relations Act*.)

le législateur se sert parfois du lieu comme point de repère. (Voir la *Labour Relations Act* de Terre-Neuve et la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick.)

30 The above discussion illustrates the difficulty in defining picketing in a detailed manner. Picketing represents a continuum of expressive activity. In the labour context it runs the gamut from workers walking peacefully back and forth on a sidewalk carrying placards and handing out leaflets to passers by, to rowdy crowds shaking fists, shouting slogans, and blocking the entrances of buildings. Beyond the traditional labour context, picketing extends to consumer boycotts and political demonstrations (see *Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620 (Ont. Ct. (Gen. Div.))). A picket line may signal labour strife. But it may equally serve as a physical demonstration of individual or group dissatisfaction on an issue.

L'analyse susmentionnée démontre la difficulté de donner une définition détaillée du piquetage. Le piquetage représente un continuum d'activité expressive. Dans le domaine du travail, il englobe toute une gamme d'activités. Il inclut la marche paisible, sur un trottoir, d'un groupe de travailleurs qui portent des affiches et distribuent des tracts aux passants, comme l'agitation de foules bruyantes qui brandissent le poing, scandent des slogans et bloquent l'entrée des édifices. En dehors du domaine traditionnel du travail, le piquetage s'étend aux boycottages de consommation et aux manifestations politiques (voir *Daishowa Inc. c. Friends of the Lubicon* (1998), 39 O.R. (3d) 620 (C. Ont. (Div. gén.))). Une ligne de piquetage indique souvent l'existence d'un conflit de travail. Cependant, elle peut également servir à démontrer de façon tangible le mécontentement d'une personne ou d'un groupe au sujet d'un problème.

31 For the purposes of this appeal, we find it unnecessary to define picketing in a detailed and exhaustive manner. We proceed rather on the basis that picketing may involve a broad range of activities, from the "traditional" picket line where people walk back and forth carrying placards, to the dissemination of information through other means.

Pour les fins du présent pourvoi, nous jugeons inutile de donner une définition détaillée et exhaustive du piquetage. Nous tenons plutôt pour acquis que le piquetage peut désigner une vaste gamme d'activités, allant de la ligne de piquetage « traditionnelle » où les gens circulent de long en large en portant des affiches, à la diffusion de renseignements par d'autres moyens.

32 Picketing, however defined, always involves expressive action. As such, it engages one of the highest constitutional values: freedom of expression, enshrined in s. 2(b) of the *Charter*. This Court's jurisprudence establishes that both primary and secondary picketing are forms of expression, even when associated with tortious acts: *Dolphin Delivery*, *supra*. The Court, moreover, has repeatedly reaffirmed the importance of freedom of expression. It is the foundation of a democratic society (see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452). The core values which free expression promotes include self-fulfilment,

Sans égard à la définition qu'on en donne, le piquetage comporte toujours une action expressive. À ce titre, il fait intervenir l'une des plus importantes valeurs constitutionnelles, à savoir la liberté d'expression consacrée à l'al. 2b) de la *Charte*. D'après la jurisprudence de notre Cour, le piquetage primaire et le piquetage secondaire constituent tous deux une forme d'expression même s'ils sont assortis d'actes délictuels : *Dolphin Delivery*, précité. De plus, notre Cour a confirmé à maintes reprises l'importance de la liberté d'expression. Cette liberté est à la base d'une société démocratique (voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992]

participation in social and political decision making, and the communal exchange of ideas. Free speech protects human dignity and the right to think and reflect freely on one's circumstances and condition. It allows a person to speak not only for the sake of expression itself, but also to advocate change, attempting to persuade others in the hope of improving one's life and perhaps the wider social, political, and economic environment.

Free expression is particularly critical in the labour context. As Cory J. observed for the Court in *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, “[f]or employees, freedom of expression becomes not only an important but an essential component of labour relations” (para. 25). The values associated with free expression relate directly to one's work. A person's employment, and the conditions of their workplace, inform one's identity, emotional health, and sense of self-worth: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *KMart, supra*.

Personal issues at stake in labour disputes often go beyond the obvious issues of work availability and wages. Working conditions, like the duration and location of work, parental leave, health benefits, severance and retirement schemes, may impact on the personal lives of workers even outside their working hours. Expression on these issues contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one's working and non-working life. Moreover, the imbalance between the employer's economic power and the relative vulnerability of the individual worker informs virtually all aspects of the employment relationship: see *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 92, *per* Iacobucci J. Free expression in the labour context thus plays a significant role in redressing or alleviating this imbalance. It is through free expression that employees are able to define and articulate their common interests and, in the event of a labour

1 R.C.S. 452). Les valeurs fondamentales que la liberté d'expression favorise comprennent notamment l'accomplissement de soi, la participation à la prise de décisions sociales et politiques ainsi que l'échange d'idées dans la collectivité. La liberté de parole protège la dignité humaine et le droit de penser et de réfléchir librement sur sa situation. Elle permet à une personne non seulement de s'exprimer pour le plaisir de s'exprimer, mais encore de plaider en faveur d'un changement en tentant de persuader autrui dans l'espoir d'améliorer sa vie et peut-être le contexte social, politique et économique général.

La liberté d'expression est particulièrement cruciale dans le domaine du travail. Comme le juge Cory l'a fait remarquer au nom de notre Cour dans l'arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, « [p]our les employés, la liberté d'expression devient une composante non seulement importante, mais essentielle des relations du travail » (par. 25). Les valeurs liées à la liberté d'expression ont directement trait au travail d'une personne. L'emploi d'une personne et les conditions de son milieu de travail influent sur son identité, sa santé psychologique et son estime de soi : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *KMart*, précité.

Les questions personnelles en jeu dans les conflits de travail transcendent souvent les problèmes usuels de possibilités d'emploi et de détermination des salaires. Les conditions de travail comme la durée et le lieu du travail, les congés parentaux, les prestations de maladie, les caisses de départ et les régimes de retraite peuvent avoir une incidence sur la vie personnelle des travailleurs, même en dehors de leurs heures de travail. L'expression d'opinion sur ces questions contribue à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail. De plus, l'inégalité entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur sous-tend presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé : voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92, *le juge Iacobucci*. Dans le domaine du travail, la liberté d'expression joue donc un rôle important

33

34

dispute, elicit the support of the general public in the furtherance of their cause: *KMart, supra*. As Cory J. noted in *KMart, supra*, at para. 46: “it is often the weight of public opinion which will determine the outcome of the dispute”.

pour ce qui est d'éliminer ou d'atténuer cette inégalité. C'est grâce à la liberté d'expression que les salariés sont capables de définir et de formuler leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, d'amener le grand public à appuyer leur cause : *KMart, précité*. Comme le juge Cory l'a souligné dans l'arrêt *KMart, précité*, par. 46, « c'est souvent le poids de l'opinion publique qui détermine l'issue de ce conflit ».

35 Free expression in the labour context benefits not only individual workers and unions, but also society as a whole. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, the reasons of both La Forest and Wilson JJ. acknowledged the importance of the role played by unions in societal debate (see also *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, and *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94). As part of the free flow of ideas which is an integral part of any democracy, the free flow of expression by unions and their members in a labour dispute brings the debate on labour conditions into the public realm.

La liberté d'expression dans le domaine du travail bénéficie non seulement aux travailleurs et aux syndicats, mais aussi à la société dans son ensemble. Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, les juges La Forest et Wilson ont reconnu l'importance du rôle des syndicats dans les débats de société (voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, et *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94). Éléments de cette libre circulation des idées qui fait partie intégrante de toute démocratie, la liberté d'expression des syndicats et de leurs membres lors d'un conflit de travail transporte sur la place publique le débat sur les conditions de travail.

36 This said, freedom of expression is not absolute. When the harm of expression outweighs its benefit, the expression may legitimately be curtailed. Thus, s. 2(b) of the *Charter* is subject to justificative limits under s. 1.

Cela dit, la liberté d'expression n'est pas absolue. On peut légitimement restreindre l'expression lorsque le préjudice qu'elle cause l'emporte sur ses avantages. L'alinéa 2b) de la *Charte* peut donc faire l'objet de limites justifiables au regard de l'article premier.

37 The same applies in interpreting the common law to reflect the *Charter*. The starting point must be freedom of expression. Limitations are permitted, but only to the extent that this is shown to be reasonable and demonstrably necessary in a free and democratic society.

Le même principe s'applique à l'interprétation de la common law en fonction de la *Charte*. Il faut partir de la liberté d'expression. Cette dernière peut être restreinte, mais seulement dans des limites raisonnables dont la nécessité peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(c) Protection of Innocent Third Parties to Labour Disputes

c) La protection des tiers innocents étrangers au conflit de travail

38 On the other side of the balance lies the interests of the employer and third parties in protection from excessive economic and other harm as a result of picketing and other labour action. As previously discussed, one important objective of labour

À l'opposé, se situe le droit de l'employeur et des tiers à la protection contre le préjudice excessif de nature financière ou autre qui résulte du piquetage et d'autres activités syndicales. Comme nous l'avons mentionné, un objectif important du piquetage

picketing is the infliction of economic harm on the employer with an eye to compelling a favourable resolution of the dispute. Thus, expressive action in the labour context, as in other situations, may cause economic harm. However, the appellant argues that economic harm arising from labour disputes should be confined to the actual parties to the dispute — it should not be permitted to harm innocent third parties, who have neither influence over the outcome of the dispute, nor the ability to bring it to a close.

The appellant emphasizes that secondary picketing expands the labour dispute beyond its core, increasing both the incidence of picketing and the number of businesses and persons affected by it. The targets of secondary activity, such as retailers of a struck product, may suffer considerable economic damage, which may in turn affect customers and employees, as well as a host of other business relations. The appellant contends that the interests of these third parties, as well as public order generally, compel restraints on the scope of picketing activity.

On this point, the appellant relies on *Dolphin Delivery, supra*. In that case, the union represented the locked out employees of Purolator, an Ontario-based courier service. Dolphin undertook to supply delivery service to Purolator customers in the Vancouver area during this lockout. The union planned to picket Dolphin's premises, and Dolphin succeeded in getting an injunction to prohibit the intended picketing. The union challenged the injunction all the way to this Court, where it was ultimately upheld.

The challenge to this restriction on secondary picketing was framed as a violation of the union's right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. As no picket line ever went up, the Court chose to assume that the picketing would have been peaceful and that Dolphin's unionized workers would have respected the picket line. In the end, McIntyre J. found that the *Charter* did not apply, and the injunction was upheld on the basis

syndical est de causer un préjudice économique à l'employeur en vue d'obtenir un règlement favorable du conflit. Par conséquent, l'action expressive dans le domaine du travail, comme dans d'autres secteurs, peut entraîner un préjudice économique. Toutefois, l'appelante soutient que seules les véritables parties à un conflit de travail devraient subir ce type de préjudice. Les tiers innocents, dépourvus d'influence sur l'issue du conflit et d'aptitude à y mettre fin, devraient demeurer à l'abri d'un tel préjudice.

L'appelante souligne que le piquetage secondaire fait déborder le conflit de travail de son cadre original en accroissant à la fois l'effet du piquetage et le nombre d'entreprises et de personnes qu'il touche. Les entreprises visées par cette activité secondaire, comme celles qui vendent au détail un produit frappé par le conflit, peuvent subir un préjudice économique considérable. Ceci risque d'affecter les clients et les employés de même qu'une foule d'autres relations d'affaires. L'appelante affirme alors que les intérêts de ces tiers et l'ordre public en général commandent de restreindre le piquetage.

À ce sujet, l'appelante invoque l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Dans cette affaire, un syndicat représentait les salariés lock-outés de Purolator, un service de messagerie ayant son siège social en Ontario. Dolphin s'était engagée à fournir des services de livraison aux clients de Purolator dans la région de Vancouver pendant la durée du lock-out. Le syndicat avait projeté d'entreprendre de piqueter à l'établissement de Dolphin et celle-ci réussit à obtenir une injonction interdisant le piquetage prévu. Le syndicat contesta cette injonction jusque devant notre Cour, qui en a cependant confirmé la validité.

Dans sa contestation, le syndicat avait affirmé que cette restriction du piquetage secondaire constituait une atteinte au droit à la liberté d'expression que lui garantissait l'al. 2b) de la *Charte*. Aucune ligne de piquetage n'ayant été formée, notre Cour a décidé de tenir pour acquis que le piquetage aurait été pacifique et que les travailleurs syndiqués de Dolphin auraient respecté la ligne de piquetage. En fin de compte, après avoir conclu que la *Charte*

39

40

41

of the common law tort of inducing breach of contract.

ne s'appliquait pas, le juge McIntyre a confirmé la validité de l'injonction en s'appuyant sur le délit de common law d'incitation à la rupture de contrat.

42

McIntyre J. was of the view that if the *Charter* did apply, the injunction could have been justified under s. 1. While acknowledging that all picketing (even where accompanied by tortious conduct) involves some element of expression, McIntyre J. recognized the legitimacy of some curtailment of secondary picketing in order to prevent the economic harm of labour disputes from spreading too broadly into the community. McIntyre J. stated, at p. 591:

Le juge McIntyre était d'avis que si la *Charte* s'était appliquée, l'injonction aurait pu être justifiée en vertu de l'article premier. Le juge McIntyre a admis cependant que tout piquetage (même celui qui est assorti d'une conduite délictuelle) comporte un élément d'expression, mais il a reconnu la légitimité d'une limitation partielle du piquetage secondaire afin d'empêcher que le préjudice économique découlant d'un conflit de travail ne se propage trop largement dans la collectivité. Le juge McIntyre a déclaré, à la p. 591 :

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others. [Emphasis added.]

Lorsque les parties exercent leur droit d'être en désaccord, le piquetage et d'autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s'ensuivre. Sur le plan social, le coût d'un conflit est très élevé; il y a perte d'heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d'être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n'est qu'à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l'intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d'empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d'y recourir pour nuire à d'autres personnes. [Nous soulignons.]

43

To the extent that the appellant relies on the *obiter* comments in *Dolphin Delivery* to support the notion that secondary picketing in itself is a tort, the appellant's argument must fail. First, as Cory J. cautioned in *KMart, supra*, these comments from *Dolphin Delivery* must be read in the specific context of that case (see para. 36). McIntyre J. held that the picketing in question would have been tortious, amounting to inducing breach of contract. McIntyre J. stated at p. 588 that "[o]n the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier", and again at p. 603, "[i]n the case at bar . . . [w]e have a rule of the common law which renders secondary picketing

Dans la mesure où l'appelante invoque les remarques incidentes de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'appui du point de vue selon lequel le piquetage secondaire est un délit en soi, son argument doit être rejeté. Premièrement, pour reprendre la mise en garde du juge Cory dans l'arrêt *KMart*, précité, ces remarques doivent s'interpréter en fonction du contexte particulier de cette affaire (voir par. 36). Le juge McIntyre a conclu que le piquetage en question aurait été délictuel et aurait constitué une incitation à la rupture d'un contrat. Il a affirmé, à la p. 588, que « [c]ompte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier », et aux p. 603-604, « [qu'e]n l'espèce, [. . .] [n]ous

tortious and subject to injunctive restraint, on the basis that it induces a breach of contract”. It was therefore on the assumption that the anticipated picketing would have been tortious that McIntyre J. proceeded with the s. 1 analysis — not on the basis of secondary picketing being illegal *per se*. As such, *Dolphin Delivery* did not make any final pronouncement on the legality of secondary picketing as such, and up until now, the issue has never been addressed directly by this Court.

Secondly, although McIntyre J.’s comments reflect a concern with the interests of third parties to labour disputes who may incur collateral damage, they should not be read as suggesting that third parties should be completely insulated from economic harm arising from labour conflict. As Cory J. noted in *KMart*, *supra*, the objective of the restraint on picketing in *Dolphin Delivery* was to ensure that third parties did “not suffer unduly from the labour dispute over which it has no control” (para. 35). Therefore, third parties are to be protected from undue suffering, not insulated entirely from the repercussions of labour conflict. Indeed, the latter objective would be unattainable. Even primary picketing frequently imposes costs, often substantial, on third parties to the dispute, through stoppages in supplies or the loss of the primary employer as a customer (see Carrothers, *supra*, at p. 675). Indeed, labour disputes in important sectors of the economy may seriously affect a whole town or region, even the nation itself. As McIntyre J. recognized in the above quote, the social cost of a labour dispute is often great. Yet this impact on third parties and the public has never rendered primary picketing illegal *per se* at common law to protect the interests of third parties.

So we are left with this: innocent third parties should be shielded from “undue” harm. This brings us to the question that lies at the heart of this appeal. How do we judge when the detriment suffered by

avons une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constitue un délit et peut faire l’objet d’une injonction visant à l’empêcher pour le motif qu’il incite à rompre un contrat ». C’est donc en tenant pour acquis que le piquetage prévu aurait constitué un délit — et non que le piquetage secondaire est illégal en soi — que le juge McIntyre a procédé à l’analyse fondée sur l’article premier. L’arrêt *Dolphin Delivery* n’a donc pas tranché de manière définitive la question de la légalité même du piquetage secondaire et, jusqu’à maintenant, notre Cour n’a jamais abordé la question directement.

Deuxièmement, bien qu’elles reflètent une préoccupation concernant les intérêts des tiers étrangers à un conflit de travail qui peuvent subir un préjudice incident, les remarques du juge McIntyre ne doivent pas être interprétées comme indiquant que les tiers doivent rester à l’abri de tout préjudice économique qui découle d’un conflit de travail. Comme le juge Cory l’a souligné dans l’arrêt *KMart*, précité, la restriction du piquetage dans *Dolphin Delivery* visait à faire en sorte que des tiers « ne souffrent pas indûment d’un conflit de travail indépendant de leur volonté » (par. 35). En conséquence, il faut protéger les tiers contre le préjudice indu et non pas les immuniser complètement contre les répercussions d’un conflit de travail. En fait, ce dernier objectif serait inaccessible. D’ailleurs, le piquetage primaire lui-même entraîne souvent des coûts, souvent importants, pour des tiers étrangers au conflit, puisqu’il interrompt des approvisionnements ou cause la perte de l’employeur principal comme client (voir Carrothers, *op. cit.*, p. 675). Enfin, les conflits de travail, dans d’importants secteurs de l’économie, peuvent affecter gravement une ville ou une région entière, sinon le pays tout entier. Comme le juge McIntyre l’a reconnu dans la citation qui précède, le coût d’un conflit de travail est souvent très élevé sur le plan social. Pourtant, en *common law*, cette incidence sur des tiers et le public n’a jamais rendu le piquetage primaire intrinsèquement illégal au nom de la protection des intérêts de tiers.

Reste donc le principe suivant : les tiers innocents doivent être protégés contre tout préjudice « indu ». Cela nous amène à la question centrale du présent pourvoi. Comment détermine-t-on que le préjudice

a third party to a labour dispute is “undue”, warranting the intervention of the common law? At this stage, it suffices to note that the protection of innocent third parties from the economic fallout of labour disputes, while a compelling consideration, is not absolute. Some economic harm to third parties is anticipated by our labour relations system as a necessary cost of resolving industrial conflict.

3. *Potential Solutions — Surveying the Landscape*

46 Picketing engages distinct and frequently clashing interests among the parties affected by a labour dispute. The present appeal casts the right of unions to freely express their views on the conditions of their employment and the facts of a labour dispute against the resulting potential for economic damage to third parties. The parties’ opposing submissions on the legality of secondary picketing — and the contending lines of authority on which they rely — represent conflicting views on how these competing interests are best reconciled in a democratic society.

47 Three possible options emerge from the parties’ submissions: (1) an absolute bar on secondary picketing (the “illegal *per se*” doctrine); (2) a bar on secondary picketing except for “allied” enterprises (the modified “*Hersees*” rule); and (3) permitting secondary picketing unless the picketing amounts to a tort or other wrongful conduct. We will consider each option in turn.

(a) The Illegal *Per Se* Doctrine

48 This view holds that secondary picketing is illegal *per se*, in the manner of an independent tort, even in the absence of any other wrongful or illegal act.

49 The doctrine turns on location. It rests on a distinction between picketing the premises of the employer against whom the union is striking (primary picketing) and picketing other premises (secondary picketing). Primary picketing is legal unless

subi par un tiers étranger au conflit de travail est « indu » et justifie l’intervention de la common law? À ce stade-ci, il suffit de noter que, même si elle demeure une considération impérieuse, la protection des tiers innocents contre les conséquences économiques d’un conflit de travail ne représente pas un absolu. Notre régime de relations du travail prévoit que la résolution d’un conflit de travail comporte nécessairement un préjudice économique pour des tiers.

3. *Les solutions possibles — Tour d’horizon*

Le piquetage fait intervenir les intérêts distincts et souvent contradictoires des parties touchées par un conflit de travail. Le présent pourvoi oppose le droit des syndicats d’exprimer librement leur point de vue sur les conditions de travail de leurs membres et les circonstances d’un conflit de travail, à la possibilité que des tiers subissent un préjudice économique en raison de l’exercice de ce droit. Les arguments contraires des parties sur la légalité du piquetage secondaire — et les courants jurisprudentiels divergents qu’elles invoquent — expriment des points de vue contradictoires sur la meilleure manière de concilier ces intérêts opposés dans une société démocratique.

Trois options ressortent des arguments des parties : (1) l’interdiction absolue du piquetage secondaire (la théorie de « l’illégalité intrinsèque »); (2) l’interdiction du piquetage secondaire sauf en ce qui concerne les entreprises « apparentées » (la règle modifiée de l’arrêt *Hersees*); (3) l’autorisation du piquetage secondaire sauf dans les cas où il constitue un délit ou une autre conduite fautive. Nous examinerons successivement ces options.

a) La théorie de l’illégalité intrinsèque

Selon cette théorie, le piquetage secondaire est illégal en soi de la même façon qu’un délit distinct, même en l’absence de tout autre acte fautif ou illégal.

Cette règle est axée sur le lieu. Elle repose sur une distinction entre le piquetage à l’établissement de l’employeur contre lequel le syndicat est en grève (le piquetage primaire) et le piquetage à d’autres endroits (le piquetage secondaire). Le piquetage

it involves tortious or criminal conduct, while secondary picketing is always illegal.

The “illegal *per se*” doctrine for secondary picketing originates from the *obiter* comments of the Ontario Court of Appeal in *Hersees*, *supra*. *Hersees* and its line of reasoning lie at the centre of this appeal. In *Hersees*, a union had been certified as a bargaining agent for workers of the clothing manufacturer, Deacon Brothers Sportwear Ltd. (“Deacon”). The union’s policy was to avoid strikes if possible. As a result, it did not call a strike against Deacon when a labour dispute arose. Instead, the union approached the clothing retailer, Hersees, and asked it to refrain from ordering merchandise from Deacon. When Hersees refused, the union organized a picket line outside Hersees’ retail outlet. The picketing was limited to two pickets each carrying one sign which read in part: “Attention Shoppers — Deacon Bros. Sportwear Ltd. sold at Hersee’s — made by Non-union Labour” (p. 83).

Hersees asked for an injunction. The union answered that it was conducting an “educational campaign” in support of buying union-made goods. The trial court dismissed the action but the Court of Appeal found that the union had engaged in misrepresentation, because its signs suggested Hersees itself was in a labour dispute. The appellate judgment also held that the union had tried to induce breach of contract, and viewed picketing as an instance of “besetting,” intended and likely to cause economic damage to the appellant, contrary to the *Criminal Code*.

The dispute could have been resolved by applying the established rule that picketing that involved tortious action was unlawful. However, the Court of Appeal, *per Aylesworth J.A.*, proceeded to comment

primaire demeure légal sauf s’il comporte une conduite délictuelle ou criminelle, alors que le piquetage secondaire est toujours jugé illégal.

La théorie de « l’illégalité intrinsèque » en matière de piquetage secondaire provient des remarques incidentes de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Hersees*, précité. L’arrêt *Hersees* et le raisonnement qu’il a adopté se situent au cœur du présent pourvoi. Dans cette affaire, un syndicat avait été accrédité comme agent négociateur des travailleurs du fabricant de vêtements Deacon Brothers Sportwear Ltd. (« Deacon »). Le syndicat avait comme politique d’éviter autant que possible la grève. Il ne déclara donc pas de grève contre Deacon lors du déclenchement d’un conflit de travail. Le syndicat communiqua plutôt avec le vendeur de vêtements au détail, Hersees, et lui demanda de s’abstenir de commander les marchandises de Deacon. Devant le refus de Hersees, le syndicat organisa une ligne de piquetage à l’extérieur du point de vente de Hersees. Deux piqueurs portaient chacun une pancarte sur laquelle on pouvait lire notamment : [TRADUCTION] « Avis aux clients — Les vêtements de marque Deacon Bros. Sportwear Ltd. vendus chez Hersee’s sont fabriqués par des travailleurs non syndiqués » (p. 83).

Hersees sollicita une injonction. Le syndicat répondit qu’il menait une « campagne de sensibilisation » destinée à inciter la population à acheter des produits fabriqués par des travailleurs syndiqués. Le tribunal de première instance rejeta l’action, mais la Cour d’appel conclut que le syndicat avait fait des déclarations inexactes étant donné que ses pancartes laissaient entendre que Hersees elle-même était partie à un conflit de travail. La Cour d’appel était également d’avis que le syndicat avait tenté d’inciter à rompre un contrat, et elle a considéré que ce piquetage consistait à « cerner des lieux » dans le but de causer un préjudice économique à l’appelante — ce qui était susceptible de se produire — contrairement au *Code criminel*.

La Cour d’appel aurait pu trancher le litige en appliquant la règle reconnue selon laquelle le piquetage comportant un acte délictuel est illégal. Toutefois, s’exprimant par l’entremise du juge

50

51

52

in *obiter*, at p. 86, on the legality of secondary picketing at common law:

But even assuming that the [secondary] picketing carried on by the respondents was lawful in the sense that it was merely peaceful picketing for the purpose only of communicating information, I think it should be restrained. Appellant has a right lawfully to engage in its business of retailing merchandise to the public. . . . Therefore, the right, if there be such a right, of the respondents to engage in secondary picketing of appellant's premises must give way to appellant's right to trade; the former, assuming it to be a legal right, is exercised for the benefit of a particular class only while the latter is a right far more fundamental and of far greater importance, in my view, as one which in its exercise affects and is for the benefit of the community at large.

Thus, the Court of Appeal held that peaceful, non-tortious picketing at locations other than that of the primary employer is illegal *per se* at common law. This decision has had an enduring — and heavily contested — influence on labour law.

53

Criticism of this decision was immediate and forceful (see, for example, D. M. Beatty, "Secondary Boycotts: A Functional Analysis" (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 388). Most obviously, it rests on a weak precedential foundation. Indeed, Aylesworth J.A. conceded in *Hersees* that he could find no precedent to support his holding. He concluded, rather, that some judicial comments "would tend to support this conclusion but in each of such cases the secondary picketing which was the subject-matter under consideration, embraced one or more admittedly unlawful elements such as trespass, intimidation, nuisance or inducement of breach of contract" (p. 87).

54

Aylesworth J.A. attempted to find support for his holding in the judgment of this Court in *A. L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271. *Patchett*, however, offers no support for the illegal *per se* doctrine. *Patchett* involved the liability of a railway for failing to provide services to a client, Patchett. The failure to provide services was caused by picketing at the railway premises by a trade union whose members

Aylesworth, elle formula alors des remarques incidentes sur la légalité du piquetage secondaire en common law (à la p. 86) :

[TRADUCTION] Mais même en tenant pour acquis que le piquetage [secondaire] des intimés était légal en ce sens qu'il s'agissait simplement de piquetage pacifique destiné uniquement à communiquer des renseignements, j'estime qu'il doit être interdit. L'appelante a le droit d'exploiter légalement son entreprise de vente au détail. [. . .] Par conséquent, à supposer qu'il existe, le droit des intimés de faire du piquetage secondaire à l'établissement de l'appelante doit céder le pas au droit de commercer de cette dernière; le droit de grève des intimés, à supposer qu'il soit conféré par la loi, est exercé au profit d'un groupe particulier seulement, alors que le droit de l'appelante constitue un droit beaucoup plus fondamental et important, à mon avis, puisque l'exercice de ce droit touche la collectivité dans son ensemble et lui est profitable.

La Cour d'appel conclut donc que le piquetage pacifique non délictuel qui est fait ailleurs qu'à l'établissement de l'employeur principal est illégal en soi en common law. Cet arrêt a eu une influence persistante — et fort contestée — sur le droit du travail.

Il s'est rapidement attiré des critiques acerbes (voir, par exemple, D. M. Beatty, « Secondary Boycotts : A Functional Analysis » (1974), 52 *R. du B. can.* 388). De toute évidence, il repose sur un fondement jurisprudentiel précaire. En effet, le juge Aylesworth a reconnu dans l'arrêt *Hersees* qu'il ne pouvait trouver aucun précédent à l'appui de sa décision. Il a plutôt affirmé que certains commentaires de tribunaux [TRADUCTION] « tendaient à appuyer cette conclusion, mais [que] dans chacun de ces cas, le piquetage secondaire comportait une ou plusieurs activités jugées illégales comme l'intrusion, l'intimidation, la nuisance ou l'incitation à la rupture de contrat » (p. 87).

Le juge Aylesworth avait tenté d'appuyer sa conclusion sur l'arrêt de notre Cour *A. L. Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271. L'arrêt *Patchett* n'étaye toutefois aucunement la théorie de l'illégalité intrinsèque. Il portait, en effet, sur la responsabilité civile d'une société de chemin de fer pour l'interruption de services à une cliente, Patchett. Cette interruption résultait du piquetage devant l'établissement de

did not work either for the railway or for Patchett. The picketing in this case was anything but peaceful, and involved trespass as well as breaches of the *Criminal Code*. Thus, the picketing was considered illegal for these reasons, and not because the Court found that peaceful secondary picketing was illegal *per se* (see H. W. Arthurs, “Comments” (1963), 41 *Can. Bar Rev.* 573, at p. 582; see also *Patchett*, *supra*, at pp. 295-96, *per* Locke J.).

The decision in *Hersees* also reflects a deep distrust of unions and collective action in labour disputes. An expressive act that is legal and legitimate if done by an individual suddenly becomes illegal when done in concert with others. Aylesworth J.A.’s reasons reflect the common sentiments of early 19th century legislation and subsequent judgments which held that the combination of workers in pursuit of their economic interest was unlawful and against public policy (see Adams, *supra*, at pp. 1-1 to 1-5). The effect of these judgments was to discount the importance of freedom of expression in the labour law context, a point which will later be discussed in greater detail. Despite the above criticism, the *obiter* comments in *Hersees* have had a significant impact on the treatment of secondary picketing by Canadian courts.

(b) Exceptions to *Hersees* — The Primary Employer and Ally Doctrines

Over time, necessary refinements to the bold “illegal *per se*” doctrine have riddled it with difficult exceptions. As a threshold matter, courts would refuse to enjoin picketing where the employees were found to be engaged in “primary” rather than “secondary” picketing. In some of these cases, the courts found that the location of the picketing, although not necessarily the primary workplace of the employees, was nonetheless owned by the same employer. The courts would also “lift the corporate veil” and refuse to enjoin picketing at the parent

la société de chemin de fer auquel s’était livré un syndicat dont les membres ne travaillaient ni pour cette société ni pour Patchett. Dans cette affaire, le piquetage était loin d’être pacifique et avait comporté des intrusions ainsi que des violations du *Code criminel*. Notre Cour a donc jugé que le piquetage était illégal pour ces raisons et non parce qu’elle estimait que le piquetage secondaire pacifique était illégal en soi (voir H. W. Arthurs, « Comments » (1963), 41 *R. du B. can.* 573, p. 582; voir également *Patchett*, précité, p. 295-296, le juge Locke).

L’arrêt *Hersees* reflète aussi une profonde méfiance à l’égard des syndicats et de l’action collective dans des conflits de travail. Un acte expressif, légal et légitime lorsqu’il est accompli par une seule personne, devient tout à coup illégal lorsqu’il est accompli avec d’autres personnes. Les motifs du juge Aylesworth témoignent de la tendance générale des lois du début du 19^e siècle et des décisions judiciaires subséquentes selon lesquelles le regroupement des travailleurs pour défendre leurs intérêts économiques était illégal et contraire à l’ordre public (voir Adams, *op. cit.*, p. 1-1 à 1-5). Ces jugements ont ainsi minimisé l’importance de la liberté d’expression en droit du travail, point que nous approfondirons plus loin. En dépit des critiques susmentionnées, les remarques incidentes de l’arrêt *Hersees* ont eu un effet significatif sur le traitement du piquetage secondaire par les tribunaux canadiens.

b) Les exceptions à la règle de l’arrêt *Hersees* — La théorie de l’employeur principal et celle de l’entreprise apparentée

Avec le temps, les précisions qui ont dû être apportées à la théorie audacieuse de « l’illégalité intrinsèque » l’ont criblée d’exceptions complexes. De façon préliminaire, les tribunaux refusaient d’interdire le piquetage lorsqu’ils estimaient que les employés faisaient du piquetage « primaire » plutôt que du piquetage « secondaire ». Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que, même s’il ne s’agissait pas nécessairement du lieu de travail principal des employés, l’établissement devant lequel avait lieu le piquetage appartenait néanmoins au même

company, or at a company which shared corporate ownership with the primary employer. (See *Lescar Construction Co. v. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846 (H.C.); *Refrigeration Supplies Co. v. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190 (H.C.); *Nedco Ltd. v. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (Sask. C.A.); *Nedco Ltd. v. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664 (Ont. H.C.); *Domtar Chemicals Ltd. v. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73 (Ont. S.C.); *Inglis Ltd. v. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525 (H.C.); *Magasins Continental Ltée v. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195 (C.A.); *2985420 Canada Inc. v. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44 (C.A.)) The picketing would therefore not be characterized as “secondary”; hence the definition of secondary picketing referred to in these reasons.

57

However, forbidding picketing at any place other than the primary employer’s workplace continued to create difficulty. For example, strict application of the *Hersees* doctrine would effectively deny a union the ability to picket its own employer if, by virtue of a shared driveway, for example, an otherwise unrelated employer would also be affected. Courts have nevertheless allowed picketing in these circumstances, provided it is primarily directed at the struck employer. However, the search for primary purpose may, at times, prove a rather subtle intellectual exercise, as some courts have found. (See *Peter Kiewit Sons Co. v. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL) (S.C.); *McLean Trucking Co. v. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047 (B.C.S.C.))

58

Another exception to the strict *Hersees* approach is the ally doctrine (although there is a significant degree of overlap between this doctrine and the other exceptions discussed in this section). Some courts, while suggesting secondary picketing may be illegal *per se*, have refused to enjoin picketing where the struck operation was effectively assisting the employer in carrying on business during a labour

employeur. Les tribunaux ont aussi « levé le voile corporatif » pour refuser d’interdire le piquetage devant l’établissement de la société mère ou devant celui d’une société appartenant au même propriétaire que l’employeur principal. (Voir *Lescar Construction Co. c. Wigman*, [1969] 2 O.R. 846 (H.C.); *Refrigeration Supplies Co. c. Ellis*, [1971] 1 O.R. 190 (H.C.); *Nedco Ltd. c. Clark* (1973), 43 D.L.R. (3d) 714 (C.A. Sask.); *Nedco Ltd. c. Nichols* (1973), 38 D.L.R. (3d) 664 (H.C. Ont.); *Domtar Chemicals Ltd. c. Leddy* (1973), 37 D.L.R. (3d) 73 (C.S. Ont.); *Inglis Ltd. c. Rao* (1974), 2 O.R. (2d) 525 (H.C.); *Magasins Continental Ltée c. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.)*, [1988] R.J.Q. 1195 (C.A.); *2985420 Canada Inc. c. Fédération du commerce Inc.*, [1995] R.J.Q. 44 (C.A.)) Le piquetage n’était donc pas qualifié de « secondaire », d’où la définition de piquetage secondaire mentionnée dans les présents motifs.

Toutefois, l’interdiction de faire du piquetage ailleurs que devant l’établissement de l’employeur principal est demeurée problématique. Par exemple, l’application stricte de la règle de l’arrêt *Hersees* empêcherait en fait les membres d’un syndicat de faire du piquetage devant l’établissement de leur propre employeur si, en raison d’une voie d’accès commune, par exemple, une entreprise non liée à l’employeur était également touchée. Les tribunaux ont néanmoins permis le piquetage dans ces circonstances, dans la mesure où celui-ci visait principalement l’employeur frappé par le conflit. Toutefois, comme certains tribunaux l’ont constaté, la recherche d’un objectif principal représente parfois un exercice intellectuel assez subtil. (Voir *Peter Kiewit Sons Co. c. Public Service Alliance of Canada, Local 20221*, [1998] B.C.J. No. 1494 (QL) (C.S.); *McLean Trucking Co. c. Public Service Alliance of Canada*, 83 C.L.L.C. ¶ 14,047 (C.S.C.-B.))

La théorie de l’entreprise apparentée constitue une autre exception à la règle stricte établie dans l’arrêt *Hersees* (malgré la présence de nombreux éléments communs entre cette théorie et les autres exceptions analysées dans la présente partie). Tout en indiquant que le piquetage secondaire peut être illégal en soi, certains tribunaux ont refusé de l’interdire lorsque l’activité visée aidait en fait

dispute (see *Alex Henry & Son Ltd. v. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311 (H.C.); *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. v. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601 (H.C.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL) (H.C.); *Air Canada v. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159 (S.C.)).

Similarly, courts have refused injunctions where third parties allowed struck employers to conduct a business from their warehouse, on the basis that the secondary location was effectively a place of business for the employer (see *Soo-Security Motorways Ltd. v. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354 (Q.B.); *683481 Ontario Ltd. v. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346 (Ont. H.C.)). Concerns such as these have required courts to make delicate distinctions regarding the amount of warehousing, for example, as evidence of the degree of cooperation between the primary and secondary employer (see *Neumann and Young Ltd. v. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11 (Ont. H.C.); *Alex Henry & Son, supra*).

These modifications to the *Hersees* doctrine have softened its harshest effects on unions and picketing, but have made the common law difficult to implement in a consistent, clear manner. For example, in the Saskatchewan case of *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345, the Court of Appeal rendered a split judgment. One member of the court, Vancise J.A., characterized the picketing as secondary and impermissible because the union, on strike against Western Grocers, picketed at outlets of O.K. Economy, whose workers it did not represent. Yet both O.K. Economy and Western Grocers were divisions of the same enterprise, Westfair Foods. By reason of this common control, Jackson J.A. held that the two divisions should be considered as one employer and, as a result, this form of picketing was permissible. Gerwing J.A. was of the opinion that because the parties had settled their differences, the issue was moot and he refused to endorse either of his colleagues' analyses.

l'employeur à exploiter son entreprise pendant un conflit de travail (voir *Alex Henry & Son Ltd. c. Gale* (1976), 14 O.R. (2d) 311 (H.C.); *Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. c. Sundy* (1974), 2 O.R. (2d) 601 (H.C.); *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Tye*, [1971] O.J. No. 11 (QL) (H.C.); *Air Canada c. C.A.L.P.A.* (1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159 (C.S.)).

De même, les tribunaux ont refusé d'accorder une injonction dans les cas où des tiers ont permis à un employeur frappé par un conflit d'exploiter une entreprise à partir de leur entrepôt, pour le motif que l'établissement secondaire était devenu en fait un lieu d'affaires pour l'employeur (voir *Soo-Security Motorways Ltd. c. Kowalchuck* (1980), 9 Sask. R. 354 (B.R.); *683481 Ontario Ltd. c. Beattie* (1990), 73 D.L.R. (4th) 346 (H.C. Ont.)). De telles préoccupations ont forcé les tribunaux à établir des distinctions subtiles concernant, par exemple, la quantité de produits entreposés afin de déterminer le degré de collaboration entre l'employeur principal et l'employeur secondaire (voir *Neumann and Young Ltd. c. O'Rourke* (1974), 53 D.L.R. (3d) 11 (H.C. Ont.); *Alex Henry & Son, précité*).

Les modifications apportées à la règle de l'arrêt *Hersees* en ont atténué les effets les plus draconiens sur les syndicats et le piquetage, mais elles ont rendu la common law difficile à appliquer d'une manière cohérente et claire. Par exemple, dans l'affaire *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rendu une décision partagée. Ainsi un membre de la cour, le juge Vancise, qualifiait le piquetage en litige de piquetage secondaire et le déclarait illégal parce que le syndicat en grève contre Western Grocers avait fait du piquetage aux points de vente de O.K. Economy alors qu'il ne représentait pas les employés de cette dernière. Or, O.K. Economy et Western Grocers étaient des divisions de la même entreprise, Westfair Foods. À l'inverse, en raison de ce contrôle commun, le juge Jackson concluait que les deux divisions devaient être considérées comme un seul employeur, de sorte que ce piquetage demeurerait légal. Le juge Gerwing estimait que la question était théorique puisque les parties avaient réglé leurs différends, et il refusait en conséquence de souscrire aux analyses effectuées par ses collègues.

61

Despite these difficulties, the Ontario Court of Appeal and courts in some other provinces continue to apply the *obiter* of *Hersees* that secondary picketing is illegal *per se* (see *Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292 (Ont. H.C.), *aff'd* [1965] O.J. No. 504 (QL) (C.A.); *Robertson Yates Corp. v. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091 (Ont. H.C.); *Toronto Harbour Commissioners v. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276 (Ont. H.C.); *CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385 (Ont. S.C.), *aff'd* (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (Ont. C.A.); *J. S. Ellis & Co. v. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397 (Ont. H.C.); *Rocca Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198 (P.E.I.S.C.); *PCL Construction Management Inc. v. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127 (Q.B.); *O.K. Economy Stores, supra, per Vancise J.A.*; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. v. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 32). On balance, few judgments reflect the *Hersees* doctrine in its strictest form, but some courts continue to apply a modified version.

(c) Permitting Secondary Picketing Unless it Involves a Tort or Crime

62

A third approach starts with the proposition that all picketing is permitted unless it can be shown to be wrongful or unjustified (the “wrongful action” model). It defines wrongful or unjustified picketing as picketing that involves a tort (a civil wrong) or a crime (a criminal wrong).

63

Prior to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Hersees*, there was no clear pronouncement on the issue of whether picketing activity should be enjoined by the common law in the absence of an independently actionable tort, such as nuisance, inducing breach of contract, intimidation or trespass. However, authority for the wrongful

Malgré ces difficultés, la Cour d’appel de l’Ontario et les tribunaux de certaines autres provinces continuent d’appliquer les remarques incidentes de l’arrêt *Hersees* selon lesquelles le piquetage secondaire est illégal en soi (voir *Heather Hill Appliances Ltd. c. McCormack* (1965), 52 D.L.R. (2d) 292 (H.C. Ont.), *conf. par* [1965] O.J. No. 504 (QL) (C.A.); *Robertson Yates Corp. c. Fitzgerald*, 65 C.L.L.C. ¶ 14,091 (H.C. Ont.); *Toronto Harbour Commissioners c. Sninsky* (1967), 64 D.L.R. (2d) 276 (H.C. Ont.); *CTV Television Network Ltd. c. Kostenuk* (1972), 26 D.L.R. (3d) 385 (C.S. Ont.), *conf. par* (1972), 28 D.L.R. (3d) 180 (C.A. Ont.); *J. S. Ellis & Co. c. Willis* (1972), 30 D.L.R. (3d) 397 (H.C. Ont.); *Rocca Construction Ltd. c. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721* (1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198 (C.S.Î.-P.-É.); *PCL Construction Management Inc. c. Mills* (1994), 124 Sask. R. 127 (B.R.); *O.K. Economy Stores, précité, le juge Vancise*; *Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. c. Pomeroy (No. 2)* (1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 32). Tout compte fait, la jurisprudence qui reflète la règle de l’arrêt *Hersees* sous sa forme la plus stricte est peu abondante, mais certains tribunaux continuent d’appliquer une version modifiée de cette règle.

c) L’autorisation du piquetage secondaire sauf s’il comporte un délit ou un crime

Une troisième approche reconnaît la légalité de principe du piquetage à moins qu’on puisse en démontrer le caractère fautif ou injustifié (le modèle de « l’acte fautif »). Le piquetage fautif ou injustifié se définit alors comme étant le piquetage qui comporte un délit (une faute civile) ou un crime (une faute criminelle).

Avant l’arrêt *Hersees* de la Cour d’appel de l’Ontario, les tribunaux n’avaient pas tranché clairement la question de savoir si le piquetage devait être interdit par la common law en l’absence d’un délit comme la nuisance, l’incitation à la rupture de contrat, l’intimidation ou l’intrusion, qui peut lui-même donner lieu à une action en

action model can be found in the decision of this Court in *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762. In that case, the issue was whether the picketing activity by a striking union at the location of non-unionized restaurants belonging to the same employer was unlawful. The picketing in question involved two workers walking back and forth on a sidewalk in front of the targeted restaurant carrying placards which stated that the proprietor did not have a labour agreement with the union. The majority found that the picketing activity in question did not amount to trespass, unlawful assembly, nuisance, or any other criminal or tortious activity. As such, the activity remained lawful (although, as discussed, this form of picketing would probably fall within the “primary employer” or “ally” exceptions to the *Hersees* doctrine).

Even after *Hersees*, a number of Canadian courts have expressly declined to adopt its classification of secondary picketing as illegal *per se*; instead, they have refused injunctions to enjoin secondary picketing unless it involves tortious or criminal conduct. The majority decision of the Court of Appeal in the present case is just one example (see also: *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342 (S.C.T.D.), application for leave to appeal dismissed (1989), 94 N.S.R. (2d) 398 (S.C.A.D.); *Provincial Express Inc. v. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75 (Nfld. S.C.T.D.)). This approach stems from the proposition, as articulated by Cameron J.A. for the majority in the court below, that “[g]enerally speaking, picketing constitutes an exercise of the fundamental freedom of expression which can only be circumscribed by laws, whether statutory, regulatory, or common, that accord with the constitutional norms of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (p. 230).

justice. C’est toutefois l’arrêt de notre Cour *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762, qui fait autorité au sujet du modèle de l’acte fautif. Dans cette affaire, il fallait décider si le piquetage effectué par un syndicat en grève devant des restaurants non syndiqués appartenant au même employeur était illégal. Deux travailleurs marchaient de long en large sur le trottoir situé en face du restaurant visé et portaient des affiches indiquant que le propriétaire n’avait pas de convention collective avec le syndicat. Les juges majoritaires ont conclu que ce piquetage ne constituait pas une intrusion, un attroupement illégal, une nuisance ou une autre forme d’activité criminelle ou délictuelle. L’activité demeurait donc légale (même si, comme nous l’avons vu, cette forme de piquetage serait probablement visée par les exceptions de « l’employeur principal » ou de « l’entreprise apparentée » à la règle de l’arrêt *Hersees*).

Même après l’arrêt *Hersees*, un certain nombre de tribunaux canadiens ont refusé expressément de suivre cet arrêt et de qualifier d’illégal en soi le piquetage secondaire; au contraire, ils ont refusé d’accorder des injonctions interdisant le piquetage secondaire, sauf dans les cas où celui-ci comportait une conduite délictuelle ou criminelle. L’arrêt majoritaire de la Cour d’appel dans la présente affaire n’est qu’une illustration de ce courant jurisprudentiel (voir également: *Brett Pontiac Buick GMC Ltd. c. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920* (1989), 90 N.S.R. (2d) 342 (C.S. 1^{re} inst.), demande d’autorisation d’appel rejetée (1989), 94 N.S.R. (2d) 398 (C.S., Div. app.); *Provincial Express Inc. c. Canadian Union of Postal Workers* (1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.)). Cette approche émane de la proposition que le juge Cameron a formulée au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, à savoir que [TRADUCTION] « [d]e façon générale, le piquetage représente un mode d’exercice de la liberté d’expression fondamentale. Le piquetage ne peut alors être circonscrit que par des règles de droit établies par une loi, un règlement ou la common law, elles-mêmes conformes aux normes constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (p. 230).

4. *Resolving the Conflict: The Wrongful Action Model*

4. *La résolution du conflit : le modèle de l'acte fautif*

65 Having canvassed the interests at stake and the conflicting approaches the law has adopted to reconcile them in the context of secondary picketing, we now confront the issue before us — which approach best balances the interests at stake in a way that conforms to the fundamental values reflected in the *Charter*?

Après cet examen des intérêts en jeu et des approches contradictoires que la common law a adoptées pour concilier ces intérêts dans le contexte du piquetage secondaire, nous nous attaquons maintenant à la question dont nous sommes saisis en l'espèce, soit l'identification de l'approche qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d'une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la *Charte*.

66 We conclude that the third approach — the wrongful action model that makes illegal secondary picketing which amounts to tortious or criminal conduct — best achieves this goal. The following considerations, some of which involve overlapping themes, lead us to this conclusion.

À notre avis, la meilleure approche pour atteindre cet objectif reste la troisième fondée sur la constatation d'un acte fautif. Cette approche rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile à une conduite délictuelle ou criminelle. Les observations suivantes, dont certains éléments se recoupent, nous amènent à cette conclusion.

(a) Conformity to *Charter* Methodology

a) La conformité à la méthode de la *Charte*

67 While freedom of expression is not absolute, and while care must be taken in the labour context to guard against extending the more severe effects of picket lines beyond the employer, if we are to be true to the values expressed in the *Charter* our statement of the common law must start with the proposition that free expression is protected unless its curtailment is justified. This militates against a rule that absolutely precludes secondary picketing, whether harmful or benign, disruptive or peaceful. The preferred methodology is to begin with the proposition that secondary picketing is *prima facie* legal, and then impose such limitations as may be justified in the interests of protecting third parties.

Bien que la liberté d'expression ne soit pas absolue et qu'en matière de relations du travail il importe d'éviter d'étendre les effets les plus graves des lignes de piquetage au-delà de l'employeur, par souci de fidélité aux valeurs exprimées dans la *Charte*, notre énoncé de la common law doit partir du principe que la liberté d'expression demeure protégée, à moins qu'il ne soit justifié de la restreindre. Ce principe milite contre la reconnaissance d'une règle interdisant tout piquetage secondaire, qu'il soit préjudiciable ou anodin, perturbateur ou pacifique. La méthode privilégiée consiste à partir du principe que le piquetage secondaire reste légal à première vue, pour ensuite imposer les restrictions justifiables pour la protection des intérêts des tiers.

68 Of the three possible approaches to the problem of regulating secondary picketing, the one that best conforms to this *Charter*-mandated methodology is the third approach of permitting secondary picketing except where it involves tortious or criminal action. The *Hersees* and modified *Hersees* approaches start from the proposition that secondary picketing is *per se* unlawful regardless of its character or impact. This runs counter to the values of the *Charter* which hold that intrusions on free expression are permitted only to the extent that they are justified. Such

Des trois façons possibles d'aborder le problème de la réglementation du piquetage secondaire, il faut privilégier la troisième approche qui permet le piquetage secondaire, sauf s'il comporte des actes délictuels ou criminels, puisqu'elle respecte davantage les méthodes de mise en œuvre de la *Charte*. Les règles découlant de l'arrêt *Hersees*, dans leur forme originale comme dans leurs variantes plus récentes, partent du principe de l'illégalité intrinsèque du piquetage secondaire, sans égard à sa nature et à ses effets. Ce postulat contredit les valeurs de

an approach would perhaps be justifiable in a case where all or most aspects of the expression at stake are clearly unjustifiable. But as our earlier discussion indicates, this cannot be said of secondary picketing. Secondary picketing encompasses a wide variety of conduct, much of which is neither coercive nor harmful. This compels the conclusion that the *Hersees* and modified *Hersees* approaches are out of step with the methodology mandated by the *Charter*. The wrongful conduct model, by contrast, conforms to *Charter* methodology.

(b) Protection of the Value of Free Expression

The wrongful action approach best protects the values of contemporary Canadian society as they find expression in the *Charter*. As discussed, labour speech engages the core values of freedom of expression, and is fundamental not only to the identity and self-worth of individual workers and the strength of their collective effort, but also to the functioning of a democratic society. Restrictions on any form of expression, and particularly expression of this gravity, should not be lightly countenanced.

The *Hersees* rule, even in its modified form, denies free expression any value outside primary picketing. Given the vast scope of activities captured within the nebulous boundaries of the term “secondary picketing” from peaceful picketing to the highly disruptive, an absolute prior restraint on all such activities risks unduly compromising freedom of expression. It would extend, for example, to peaceful picketing aimed at consumers, without disruption of access to the store, employment, deliveries or any other facet of the secondary employer’s business. In our opinion, a blanket prohibition is too blunt a tool with which to handle such a vital freedom.

la *Charte* selon lesquelles les atteintes à la liberté d’expression ne sont permises que dans la mesure où elles sont justifiées. Une telle approche se justifierait peut-être dans un cas où l’expression en cause s’avérerait inadmissible en tout ou en partie. Mais comme nous l’indique notre analyse précédente, on ne peut pas en dire autant du piquetage secondaire. Le piquetage secondaire englobe une vaste gamme de comportements qui, dans une large mesure, ne sont ni coercitifs ni préjudiciables. Il faut donc conclure que la règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* ne sont pas conformes à la méthode prescrite par la *Charte*. Par contre, le modèle de l’acte fautif est conforme à cette méthode.

b) La protection de la valeur de la liberté d’expression

L’approche fondée sur l’acte fautif assure la meilleure protection aux valeurs de la société canadienne contemporaine qu’exprime la *Charte*. Comme nous l’avons vu, le discours syndical fait intervenir les valeurs fondamentales de la liberté d’expression et est essentiel non seulement à l’identité et à l’estime de soi des travailleurs ainsi qu’à la puissance de leur effort collectif, mais également au fonctionnement d’une société démocratique. Il ne faut pas approuver à la légère les restrictions apportées à toute forme d’expression et, en particulier, à une forme d’expression d’une telle importance.

Même sous sa forme modifiée, la règle de l’arrêt *Hersees* n’accorde aucune valeur à la libre expression en dehors du contexte du piquetage primaire. L’étendue et la diversité des activités visées par le concept nébuleux du « piquetage secondaire », qui vont du piquetage pacifique au piquetage très perturbateur, signifient qu’une interdiction préalable absolue de toutes ces activités risque de compromettre indûment la liberté d’expression. Une telle prohibition interdirait notamment de faire du piquetage pacifique, destiné aux consommateurs et ne comportant aucun obstacle à l’accès à un magasin, au travail, à des livraisons ou à une autre activité reliée à l’entreprise de l’employeur secondaire. À notre avis, une interdiction générale demeure un instrument trop rudimentaire pour qu’on puisse l’appliquer à une liberté aussi fondamentale.

69

70

(c) Avoidance of Excessive Emphasis on Protection from Economic Harm

71

In *Hersees*, the Ontario Court of Appeal appears to have viewed the issue as a conflict between a public right to trade and the rights of a smaller group, the union, to advance its purely private interests. The public interest in free expression and societal debate on working conditions and labour conflict receives no mention. The *Hersees* doctrine casts the economic protection of third parties from the effects of labour disputes as the pre-eminent concern of the law, regardless of the resulting incursion on free expression.

72

Protection from economic harm is an important value capable of justifying limitations on freedom of expression. Yet to accord this value absolute or pre-eminent importance over all other values, including free expression, is to err. The law has never recognized a sweeping right to protection from economic harm. As this Court observed in *KMart*, at para. 43: “[i]n the absence of independently tortious activity, protection from economic harm resulting from peaceful persuasion, urging a lawful course of action, has not been accepted at common law as a protected legal right” (see also: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at pp. 765-77). If the legal foundation of the hierarchy of rights proposed in *Hersees* was doubtful at the time, it is even more problematic in light of the enactment of the *Charter* and contemporary labour relations.

(d) Adequate Flexibility

73

Not only do the *Hersees* and modified *Hersees* rules deny adequate protection for free expression and place excessive emphasis on economic harm, they do this in a rigid, unflexible way. These rules are more about shutting off the message than regulating the activity. By contrast, a wrongful action approach is sufficiently flexible to accommodate both

c) Éviter de trop insister sur la protection contre le préjudice économique

Dans l’arrêt *Hersees*, la Cour d’appel de l’Ontario paraît avoir traité le litige comme un conflit entre le droit public de commercer et le droit d’un groupe plus restreint, le syndicat, de promouvoir des intérêts purement privés. Aucune mention n’a été alors faite de l’intérêt du public dans l’existence de la liberté d’expression et dans la tenue d’un débat de société sur les conditions et les conflits de travail. Selon la théorie de l’arrêt *Hersees*, le principal souci de la common law s’identifierait à la protection économique des tiers contre les effets des conflits de travail, sans égard à l’atteinte qu’elle porte à la liberté d’expression.

La protection contre le préjudice économique représente une valeur importante susceptible de justifier des restrictions à la liberté d’expression. On commettrait toutefois une erreur en accordant à cette valeur une importance absolue ou prédominante par rapport à toutes les autres valeurs, y compris la liberté d’expression. D’ailleurs, la common law n’a jamais reconnu l’existence d’un droit général à la protection contre le préjudice économique. Comme notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *KMart*, par. 43 : « [e]n l’absence d’activité délictuelle distincte, la common law ne reconnaît pas, en tant que droit protégé, la protection contre les préjudices financiers découlant de moyens de persuasion pacifiques prônant une ligne de conduite licite » (voir également : J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 765-777). Si le fondement juridique de la hiérarchie des droits proposée dans l’arrêt *Hersees* s’avérait déjà douteux à l’époque, il est devenu encore plus problématique à la lumière de l’adoption de la *Charte* et de l’état du système contemporain des relations du travail.

d) La souplesse adéquate

Non seulement la règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* privent la liberté d’expression de toute protection adéquate et mettent trop l’accent sur le préjudice économique, mais encore elles le font d’une manière stricte et rigide. Ces règles visent davantage à couper le message qu’à réglementer l’activité. Par contre, l’approche

interests. Courts may intervene and preserve the interests of third parties or the struck employer where picketing activity crosses the line and becomes tortious or criminal in nature. It is in this sense that third parties will be protected from “undue” harm in a labour dispute. Torts such as trespass, intimidation, nuisance and inducing breach of contract will protect property interests and ensure free access to private premises. Rights arising out of contracts or business relationships will also receive basic protection. Torts, themselves the creatures of common law, may grow and be adapted to current needs.

In summary, a wrongful action approach to picketing allows for a proper balance between traditional common law rights and *Charter* values, and falls in line with the core principles of the collective bargaining system put in place in this country in the years following the Second World War.

(e) Rationality

A wrongful action approach to picketing is clearer and more rational than the absolute or modified prohibition approach represented by *Hersees*. The *Hersees* or modified *Hersees* approach uses location as the primary criterion for determining when picketing is legal. Yet the reason for prohibiting picketing is not its location, but its character and impact — the wrong it represents and damage it does. Location is merely a legal marker, and not a very satisfactory one at that; as we have seen, the *Hersees* jurisprudence is dominated by formalistic debates centering on location.

The wrongful action approach, by contrast, focuses on the character and effects of the activity, as opposed to its location. It gets at the heart of why picketing may be limited. As discussed, the umbrella of picketing covers a diverse range of behaviours, tactics and consequences that often

fondée sur l’acte fautif est suffisamment souple pour tenir compte des deux intérêts. Les tribunaux peuvent intervenir et protéger les intérêts des tiers ou de l’employeur frappé par le conflit lorsque le piquetage dépasse les bornes et revêt un caractère délictuel ou criminel. C’est dans ce sens que les tiers sont protégés contre le préjudice « indu » dans un conflit de travail. L’existence des délits tels que l’intrusion, l’intimidation, la nuisance et l’incitation à la rupture de contrat permet de protéger les droits de propriété et de garantir la liberté d’accès aux lieux privés. Les droits découlant des contrats ou des relations d’affaires reçoivent aussi une protection de base. Elles-mêmes créations de la common law, les définitions de délits peuvent évoluer et être adaptées aux besoins actuels.

En résumé, l’application de l’approche fondée sur l’acte fautif au piquetage permet d’établir un juste équilibre entre les valeurs consacrées dans la *Charte* et les droits traditionnellement reconnus par la common law. Elle respecte aussi les principes fondamentaux du régime de négociation collective instauré dans notre pays au cours des années qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale.

e) La rationalité

À l’égard du piquetage, l’approche fondée sur l’acte fautif est plus claire et plus rationnelle que l’approche absolue ou modifiée que représente l’arrêt *Hersees*. La règle initiale et la règle modifiée de l’arrêt *Hersees* utilisent le lieu comme critère principal pour déterminer la légalité du piquetage. Or, le piquetage est interdit non pas en raison de l’endroit où il a lieu, mais plutôt en considération de sa nature et de ses effets — la faute qu’il constitue et le préjudice qu’il cause. Le lieu n’est qu’un point de repère juridique, qui est d’ailleurs peu satisfaisant; comme nous l’avons vu, la jurisprudence fondée sur l’arrêt *Hersees* est dominée par des débats formalistes axés sur le lieu de l’activité.

Par contre, l’approche fondée sur l’acte fautif se concentre sur la nature et les effets de l’activité plutôt que sur l’identification du lieu où elle se déroule. Elle va au cœur des motifs pour lesquels le piquetage peut être restreint. Comme nous l’avons vu, la notion de piquetage couvre toute une gamme

74

75

76

have little to do with location. Where picketing occurs has little to do with whether it is peaceful and highly respectful of the rights of others on the one hand, or violent and disrespectful of the rights of others on the other hand. By focussing on the character and effect of expression rather than its location, the wrongful action approach offers a rational test for limiting picketing, not an arbitrary one.

de comportements, de tactiques et de conséquences qui n'ont souvent rien à voir avec le lieu. Le lieu du piquetage a peu de rapport avec la question de savoir si le piquetage est pacifique et respectueux des droits d'autrui ou si, au contraire, il est violent et irrespectueux de ces droits. En mettant l'accent sur la nature et l'effet de l'expression plutôt que sur l'endroit où elle a lieu, l'approche fondée sur l'acte fautif assujettit la restriction du piquetage à l'application d'un critère rationnel et non arbitraire.

77

Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts like trespass, nuisance, intimidation, defamation or misrepresentation, will be impermissible, regardless of where it occurs.

Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui constitue un délit particulier, comme l'intrusion, la nuisance, l'intimidation, la diffamation ou les déclarations inexactes, ne sera pas permis quel que soit l'endroit où il a lieu.

(f) Avoidance of the Primary-Secondary Picketing Distinction

f) Éviter la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire

78

It follows from this analysis that the difficult and potentially arbitrary distinction between primary and secondary picketing is effectively abandoned on a wrongful action approach to picketing. Secondary picketing has been, as we have seen, location defined. Indeed, many of the difficulties the courts have encountered over the years in defining secondary picketing flow from how to determine the relevant location. A conduct approach based on tortious and criminal acts does not depend on location. All picketing is allowed, whether "primary" or "secondary", unless it involves tortious or criminal conduct.

La présente analyse montre que l'application de l'approche fondée sur l'acte fautif au piquetage élimine effectivement la distinction complexe et potentiellement arbitraire entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Comme nous l'avons vu, le piquetage secondaire est défini en fonction de l'endroit où il a lieu. En fait, plusieurs des difficultés auxquelles les tribunaux se sont heurtés au fil des ans en cherchant à définir le piquetage secondaire découlent de la façon de déterminer le lieu pertinent. Celui-ci n'a aucune importance dans une approche fondée sur une conduite délictuelle ou criminelle. Qu'il soit « primaire » ou « secondaire », le piquetage reste licite sauf s'il est assorti d'une conduite délictuelle ou criminelle.

79

We should not lament the loss of the primary-secondary picketing distinction. It is a difficult and arbitrary distinction that deserves to be abandoned. As MacPherson J. commented in *Friends of the Lubicon, supra*, at pp. 639-40:

Il ne faut pas déplorer la disparition de la distinction entre le piquetage primaire et le piquetage secondaire. Il s'agit d'une distinction si complexe et arbitraire qu'il vaut mieux l'abandonner. Comme le juge MacPherson l'a fait remarquer dans la décision *Friends of the Lubicon*, précitée, p. 639-640 :

Moreover, the primary/secondary distinction has been criticized even in the labour context. In *Brotherhood of Railway Trainmen v. Jacksonville Terminal Co.*, 89 S.Ct. 1109 (1969), Harlan J. said, at p. 1120:

[TRADUCTION] De plus, la distinction entre conduite primaire et conduite secondaire a été critiquée même dans le domaine du travail. Dans *Brotherhood of Railway Trainmen c. Jacksonville Terminal Co.*, 89 S.Ct. 1109 (1969), le juge Harlan a dit, à la p. 1120 :

No cosmic principles announce the existence of secondary conduct, condemn it as evil, or delimit its boundaries. These tasks were first undertaken by judges, intermixing metaphysics with their notions of social and economic policy. And the common law of labour relations has created no concept more elusive than that of “secondary” conduct; it has drawn no lines more arbitrary, tenuous, and shifting than those separating “primary” from “secondary” activities.

(g) Avoidance of Labour/Non-labour Distinctions

The wrongful action approach treats labour and non-labour expression in a consistent manner. The *Hersees* rule, by contrast, effectively creates an independent tort of secondary picketing that applies only in the labour context. This distinction is difficult to justify. Along with the diverse range of activities and objectives that may attach to the act of picketing, there is also a wide array of groups and organizations that rely on placards and pamphlets to inform and persuade the public on various issues. It is thus clear that activities common to picketing do not lie within the exclusive domain of the striking worker. As the Canadian Labour Congress points out in para. 35 of its brief:

In an age of electronic imagery and nightly television clips, placards or pickets with their ability to instantly identify issues are not confined to labour disputes. . . . Whether picketing should be enjoined should not depend on who is carrying the picket signs or indeed, whether the communication is conveyed by a placard or as a pamphlet. Such distinctions operate to deprive union members of expressive rights available to other members of the public.

We can find no persuasive reason to deprive union members of an expressive right at common law that is available to all members of the public.

It might be argued that a union is different from a political organization, in that unions can use disciplinary measures to coerce their members not to

Aucun principe d'application générale n'indique l'existence de la conduite secondaire, ne la qualifie de répréhensible ou n'en fixe les limites. Ce sont les juges qui se sont d'abord attaqués à ces tâches en mélangeant la métaphysique avec leurs notions de politique sociale et économique. Et la common law applicable aux relations du travail n'a créé aucun concept plus difficile à saisir que celui de la conduite « secondaire », ni tracé des lignes plus arbitraires, plus ténues et plus variables que celles qui séparent les activités « principales » des activités « secondaires ».

g) Éviter les distinctions entre les formes d'expression rattachées au travail et les autres catégories de discours

L'approche fondée sur l'acte fautif traite d'une manière uniforme l'activité expressive reliée au travail et l'expression dans d'autres domaines. Par contre, la règle de l'arrêt *Hersees* crée effectivement un délit distinct de piquetage secondaire limité au domaine du travail. Cette distinction est difficile à justifier. En plus de toute la gamme d'activités et d'objectifs qui peuvent être liés au piquetage, il existe un large éventail de groupes et d'organisations qui se servent d'affiches et de brochures pour informer et persuader le public au sujet de diverses questions. Il est donc clair que les activités courantes en matière de piquetage ne sont pas l'apanage exclusif des grévistes. Comme le Congrès du travail du Canada le souligne au par. 35 de son mémoire :

[TRADUCTION] À une époque d'imagerie électronique et de clips télédiffusés tous les soirs, les affiches ou les pancartes susceptibles de transmettre un message instantanément ne sont pas restreintes aux conflits de travail [. . .] La question de savoir si un piquetage doit être interdit ne doit pas dépendre de l'identité des porteurs de pancartes ni, en fait, de la question de savoir si les renseignements sont communiqués au moyen d'une affiche ou d'une brochure. De telles distinctions ont pour effet de priver les syndiqués des droits d'expression dont jouissent d'autres membres du public.

Aucune raison convaincante ne permet de priver les syndiqués d'un droit d'expression que la common law reconnaît à tous les membres du public.

On pourrait prétendre qu'un syndicat est différent d'une organisation politique du fait qu'il peut recourir à des mesures disciplinaires pour empêcher

cross picket lines. This argument, however, does not distinguish union speech from non-union speech as regards the public at large. It might also be argued that union and non-union expression can be differentiated on the basis of the “signal” effect — that the picket line acts as a barrier and thus goes beyond expression and into coercion. However, as discussed in part (j) below, there are a number of reasons for rejecting this argument as a justification for the illegal *per se* doctrine.

ses membres de franchir des lignes de piquetage. Cet argument n’établit cependant aucune distinction entre le discours syndical et le discours non syndical en ce qui concerne le grand public. On pourrait également soutenir que l’expression rattachée au travail peut être différenciée de l’expression non syndicale en raison de l’effet de « signal », en ce sens que la ligne de piquetage sert de barrière et va donc au-delà de l’expression en imposant une contrainte. Toutefois, comme nous le mentionnons plus bas dans la partie j), il existe un certain nombre de raisons de rejeter cet argument comme justification de la théorie de l’illégalité intrinsèque.

82 In sum, the wrongful action theory is used to assess the legality of political speech and leafleting (see *KMart*), and there seems to be no principled ground on which to distinguish union speech.

Somme toute, la théorie de l’acte fautif est utilisée pour déterminer la légalité du discours politique et de la distribution de tracts (voir *KMart*), et il ne semble y avoir aucune raison fondée sur des principes d’agir différemment dans le cas du discours syndical.

(h) Balance of Power

h) L’équilibre des forces

83 Pepsi-Cola argues that the potential harm to the employer from secondary picketing may be much greater than the harm that would result from primary picketing alone, and that allowing secondary picketing may tilt the balance of power too much in the unions’ favour.

Pepsi-Cola plaide que le piquetage secondaire peut causer à l’employeur un préjudice beaucoup plus important que celui qui résulterait du seul piquetage primaire. De plus, l’autorisation du piquetage secondaire pourrait rompre l’équilibre des forces en faveur des syndicats.

84 By contrast, the Union argues that the right to inform the public and third parties of their position short of tortious or criminal acts is inherent in the Constitution and will not upset the appropriate balance between employers and employees.

Par contre, le syndicat prétend que, dans la mesure où il ne commet aucun acte délictueux ou criminel, son droit d’informer le public et les tiers de sa position est inhérent à la Constitution et ne rompt pas le juste équilibre des forces entre l’employeur et les salariés.

85 Judging the appropriate balance between employers and unions is a delicate and essentially political matter. Where the balance is struck may vary with the labour climates from region to region. This is the sort of question better dealt with by legislatures than courts. Labour relations is a complex and changing field, and courts should be reluctant to put forward simplistic dictums. Where specialized bodies have been created by legislation, be it labour boards or arbitrators, they are generally entrusted to reach appropriate decisions based on the relevant statute and the specific facts of a given situation.

La détermination du juste équilibre entre employeurs et syndicats est une question délicate et essentiellement politique. Le point d’équilibre peut varier selon le climat des relations du travail d’une région à l’autre. Il s’agit du genre de question que le législateur est mieux en mesure de trancher que les tribunaux. Le domaine des relations du travail est complexe et changeant, et les tribunaux devraient hésiter à établir des règles simplistes. Les organismes spécialisés créés par la loi, qu’il s’agisse de conseils de relations du travail ou d’arbitres, sont chargés de rendre les

Mediation and arbitration are also assuming increasingly important roles in the resolution of labour disputes. If the Saskatchewan Legislature had enacted a comprehensive scheme to govern labour disputes, then it might be argued that allowing secondary picketing would disturb a carefully crafted balance of power. In the absence of a legislative scheme, however, we find it difficult to say that determining illegal picketing on the basis of tortious or criminal conduct — an approach that prevailed at common law prior to *Hersees* — will unduly undermine the power of employers *vis-à-vis* employees.

We emphasize that the validity of legislation is not at stake in this appeal. It is the absence of such legislation that requires us to look to the common law to resolve the issue of the legality of secondary picketing. Nothing in these reasons forestalls legislative action in this area of the law. Within the broad parameters of the *Charter*, legislatures remain free to craft their own statutory provisions for the governance of labour disputes, and the appropriate limits of secondary picketing.

(i) Undue Harm to Neutral Third Parties

It is argued that although secondary picketing may yield a benefit for a limited class of people, the neutral retailers' right to trade is "far more fundamental and of far greater importance . . . for the benefit of the community at large" (*Hersees, supra*, at p. 86).

The first difficulty with this argument is that it gives no weight to free expression. As discussed above, this runs counter to *Charter* methodology and values.

A second difficulty is that the argument overstates the interests of third parties by positing a "fundamental" right to trade in the struck good. Again as discussed above, the basis for this purported fundamental right is unclear.

décisions appropriées selon la loi pertinente et les faits particuliers de l'affaire. La médiation et l'arbitrage jouent un rôle de plus en plus important en matière de résolution des conflits de travail. Si le législateur avait adopté en Saskatchewan un régime complet applicable aux conflits de travail, on pourrait dire qu'autoriser le piquetage secondaire romprait un équilibre des forces soigneusement établi. Cependant, en l'absence de régime législatif, il est, à notre avis, difficile d'affirmer que la détermination de l'illégalité du piquetage en fonction d'une conduite délictuelle ou criminelle — approche utilisée en common law avant l'arrêt *Hersees* — mine indûment le pouvoir des employeurs face aux salariés.

Nous soulignons que la validité d'une disposition législative n'est pas en cause dans le présent pourvoi. En effet, c'est l'absence de disposition législative qui nous force à nous en remettre à la common law pour trancher la question de la légalité du piquetage secondaire. Rien dans les présents motifs n'empêche le législateur d'agir dans ce domaine du droit. À l'intérieur des grands paramètres de la *Charte*, le législateur demeure libre d'établir ses propres dispositions législatives régissant les conflits de travail et fixant des limites appropriées au piquetage secondaire.

i) Le préjudice indu causé aux tiers neutres

On prétend que, même si le piquetage secondaire peut bénéficier à une catégorie restreinte de personnes, le droit des détaillants neutres de commercer est [TRADUCTION] « beaucoup plus fondamental et important [. . .] et bénéficie à l'ensemble de la collectivité » (*Hersees, précité*, p. 86).

La première difficulté que pose cet argument est qu'il n'accorde aucune importance à la liberté d'expression. Comme nous l'avons vu, cela contredit la méthode d'application et les valeurs de la *Charte*.

Une deuxième difficulté est que l'argument surestime les intérêts des tiers en énonçant un droit « fondamental » de faire le commerce des produits frappés par le conflit. Là encore, comme nous l'avons vu précédemment, on n'identifie pas clairement l'assise de ce prétendu droit fondamental.

86

87

88

89

90

A third difficulty is that the argument glosses over the fact that third parties — producers and consumers — are harmed even as a result of primary picketing. As Rand J. noted in *Patchett, supra*, at p. 276: “a strike is not a tea-party and it may have consequential impacts on associated interests which cannot be met or disposed of overnight”. To the extent that harm to neutrals is a rationale for restricting secondary picketing, it is also a rationale for restricting primary picketing.

91

Fourth, the argument contravenes at least the spirit of the *Charter* by sacrificing an individual right to the perceived collective good rather than seeking to balance and reconcile them. This fact has not escaped even Ontario courts. In *Friends of the Lubicon, supra*, MacPherson J. wrote at p. 644:

In the passage from Aylesworth J.A.’s [*Hersees*] judgment set out earlier, he refers explicitly to a “right to trade”. Moreover, he states that this right “is for the benefit of the community at large” and contrasts it with the union’s speech through their picketing which he describes as being “exercised for the benefit of a particular class only”.

Without quarrelling with the ratio of *Hersees* and its continuing applicability in cases dealing with secondary picketing in a labour relations context, it strikes me that this component of Aylesworth J.A.’s reasoning is anachronistic today. The fact that freedom of expression is protected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, coupled with the absence of any economic rights, except for mobility to pursue the gaining of a livelihood, in the same document, is a clear indication that free speech is near the top of the values that Canadians hold dear.

92

It is important that neutral third parties be protected from wrongful conduct and that labour disputes be prevented from unduly spreading: *Dolphin Delivery, supra*, at pp. 590-91. We are not persuaded, however, that it is necessary to ban all secondary picketing in order to accomplish these goals. Prohibiting strike conduct which is tortious or criminal offers protection against a wide variety of misconduct associated with strike action. Insofar

Une troisième difficulté est que l’argument ne tient pas compte du fait que même le piquetage primaire cause un préjudice à des tiers, à savoir les producteurs et les consommateurs. Comme le juge Rand l’a souligné dans l’arrêt *Patchett*, précité, p. 276 : [TRADUCTION] « une grève n’est pas une partie de plaisir et elle est susceptible d’avoir sur les tiers intéressés des conséquences qui ne peuvent pas être dissipées du jour au lendemain ». Dans la mesure où le préjudice à des tiers neutres justifie la restriction du piquetage secondaire, il justifie également la restriction du piquetage primaire.

Une quatrième difficulté que pose l’argument tient au fait qu’il contrevient à tout le moins à l’esprit de la *Charte* en sacrifiant un droit individuel au nom de ce qui est perçu comme le bien collectif, au lieu de tenter de concilier ces deux éléments. Même les tribunaux de l’Ontario s’en sont rendu compte. Dans la décision *Friends of the Lubicon*, précitée, p. 644, le juge MacPherson écrit :

[TRADUCTION] Dans l’extrait précité de son arrêt [*Hersees*], le juge Aylesworth mentionne explicitement le « droit de commercer ». De plus, il déclare que ce droit « bénéficie à l’ensemble de la collectivité » et il l’oppose à l’expression syndicale au moyen du piquetage qui, selon lui, « ne bénéficie qu’à une catégorie particulière de personnes ».

Je ne conteste pas le raisonnement de l’arrêt *Hersees* ni son applicabilité constante aux affaires portant sur le piquetage secondaire dans le contexte des relations du travail, mais j’ai l’impression que cette partie du raisonnement du juge Aylesworth est anachronique aujourd’hui. La protection de la liberté d’expression et l’absence de droits économiques (à l’exception du droit de se déplacer pour gagner sa vie) dans le même document — la *Charte canadienne des droits et libertés* —, indiquent clairement que la liberté de parole compte parmi les valeurs les plus chères aux Canadiens et aux Canadiennes.

Il importe de protéger les tiers neutres contre toute conduite fautive et d’empêcher les conflits de travail de se propager indûment : *Dolphin Delivery*, précité, p. 590-591. Cependant, nous ne sommes pas convaincus qu’il soit nécessaire d’interdire tout piquetage secondaire pour atteindre ces objectifs. L’interdiction de la conduite délictuelle ou criminelle dans le cadre d’une grève offre une protection contre toute une gamme de comportements inacceptables

as conduct is non-tortious, it is not clear that more is required to protect third parties.

(j) The “Signalling” Effect

An extension of the previous argument is that secondary picketing is *per se* unjustified because it has the effect of “signalling” that people must not do business with neutral third parties. Expression through a picket line may “signal” that the line is a barrier and hence acquire coercive impact. The Court recognized the signal effect in *KMart*, where Cory J. stated at para. 40:

There can be no doubt that picketing is an exercise of freedom of expression. Yet its trademark is the picket line, which has been described as a “signal” not to cross. Whatever may be its message, the picket line acts as a barrier. It impedes public access to goods or services, employees’ access to their workplace, and suppliers’ access to the site of deliveries.

This signalling effect, it is argued, goes beyond expression and becomes coercion. Many people, as a matter of principle or habit, will not cross a picket line. As stated in *KMart*, picketing attracts “an automatic reflex response from workers, suppliers and consumers. Its existence impedes access to picketed sites. This impediment to movement may discourage some people from making rational choices based on persuasive discourse” (para. 38). It is argued that while we are willing to allow that kind of pressure to be applied against the primary employer, we are not willing to allow it to be applied against a neutral third party.

The first point to note is that the signalling effect should be carefully assessed. A number of judgments have taken the signalling effect for granted. Doubtless there is a kernel of truth in this concept. Some people will see a picket line and automatically refuse to cross it, out of respect, sympathy, or the fear of an implied confrontation. It should be remembered, however, that this concept arose

liés à une grève. Dans la mesure où la conduite en cause n’est pas délictuelle, il n’est pas évident qu’il faille en faire plus pour protéger les tiers.

j) L’effet de « signal »

L’argument qui précède veut également que le piquetage secondaire soit injustifié en soi parce qu’il a pour effet de « signaler » que les gens ne doivent pas faire affaire avec des tiers neutres. L’expression au moyen d’une ligne de piquetage peut « signaler » que la ligne est une barrière et lui donner ainsi un effet coercitif. Notre Cour a reconnu l’existence de l’effet de signal dans l’arrêt *KMart*, où le juge Cory affirme, au par. 40 :

Il ne fait aucun doute que le piquetage est une forme d’exercice de la liberté d’expression. Toutefois, sa caractéristique est la ligne de piquetage, qui a été décrite comme un « signal » de ne pas aller plus loin. Quel que soit son message, la ligne de piquetage a l’effet d’une barrière. Elle entrave l’accès du public aux biens ou services d’une entreprise, ainsi que l’accès des employés à leur lieu de travail et l’accès des fournisseurs aux lieux de livraison.

Cet effet de signal, soutient-on, va au-delà de l’expression et devient de la coercition. Que ce soit par principe ou par habitude, bien des personnes ne franchiront pas une ligne de piquetage. Comme le précise l’arrêt *KMart*, le piquetage suscite « une réaction automatique de la part des travailleurs, des fournisseurs et des consommateurs. L’existence d’une ligne de piquetage entrave l’accès aux lieux visés. Cette entrave à la circulation peut décourager certaines personnes de faire des choix rationnels, fondés sur une présentation convaincante » (par. 38). On prétend que, même si nous sommes disposés à permettre l’exercice de ce genre de pression sur l’employeur principal, nous ne sommes pas prêts à en permettre l’exercice sur un tiers neutre.

Il faut d’abord souligner que l’effet de signal doit être évalué soigneusement. Un certain nombre de décisions ont tenu pour acquis l’effet de signal. Ce concept comporte une part de vérité. Lorsqu’ils aperçoivent une ligne de piquetage, certaines personnes refusent automatiquement de la franchir par respect, par sympathie ou par crainte d’une confrontation implicite. Il faut toutefois se rappeler

93

94

95

originally to describe the response to picketing among other unionized employees (see A. Cox, "Strikes, Picketing and the Constitution" (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574). Moreover, the so-called signalling effect is probably more likely to operate in specific contexts. It may vary sharply, depending on whether the dispute happens in a small tightly knit, and highly unionized community, or at a strongly organized construction site used by several employers (see *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL), at para. 7). In a large urban centre, where the population is diverse, and where the per capita unionization rate is low, the signalling effect may be exaggerated. We should be mindful to remember the words of caution written by Rand J. several years ago in *Aristocratic Restaurants*, *supra*, at p. 786, about peaceful picketing and its effect and the fact that it could be taken pretty well in stride by the common person:

Through long familiarity, these words and actions in labour controversy have ceased to have an intimidating impact on the average individual and are now taken in the stride of ordinary experience

qu'au départ ce concept visait à décrire la réaction d'autres employés syndiqués au piquetage (voir A. Cox, « Strikes, Picketing and the Constitution » (1951), 4 *Vand. L. Rev.* 574). De plus, le prétendu effet de signal est probablement plus susceptible de se faire sentir dans des contextes particuliers. Il peut varier considérablement selon que le conflit survient dans une petite collectivité très unie et très syndiquée, ou dans un chantier de construction fortement syndiqué sur lequel plusieurs employeurs sont présents (voir *Domtar Inc.*, [2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL), par. 7). Dans un grand centre urbain où la population est variée et où le taux de syndicalisation par personne est faible, l'effet de signal peut être exagéré. Rappelons-nous la mise en garde que le juge Rand a faite, il y a plusieurs années, dans l'arrêt *Aristocratic Restaurants*, précité, p. 786, au sujet du piquetage pacifique, de son incidence et du fait que les gens ordinaires peuvent fort bien l'accepter sans sourciller :

[TRADUCTION] À la longue, les propos tenus et les actes accomplis dans le cadre de conflits de travail ont cessé d'avoir un effet intimidant sur les gens ordinaires et ils font maintenant partie de la vie de tous les jours

96

A second observation is that the signalling argument implicitly suggests that to the extent that picketing has a coercive signal effect, it is not expressive and hence not worthy of protection. We find such a suggestion problematic. It is difficult to see how a signal can be other than expressive; by definition, a signal is meant to convey information to others. Indeed, the underlying concern of *KMart* is that the signal will express too much, that it will be too effective. It seems better to us to admit that signalling is expression, the limitations of which must be justified. At this point, however, signalling ceases to suggest a special rule; rather, the question is when expressive signalling can be justifiably limited.

On notera aussi que l'argument sur l'effet de signal laisse entendre que, dans la mesure où le piquetage a un effet de signal coercitif, il n'est pas expressif et n'est donc pas digne de protection. Nous estimons qu'une telle allégation est problématique. On comprend difficilement comment un signal peut ne pas être expressif; par définition, un signal vise à communiquer un renseignement à autrui. En fait, l'arrêt *KMart* exprime une crainte que, en raison de l'intensité excessive de son contenu expressif, un « signal » ne devienne trop efficace. Il nous semble préférable de reconnaître que donner un signal constitue une forme d'expression dont les limites doivent être justifiées. À ce stade, toutefois, le signal cesse d'indiquer qu'une règle particulière doit s'appliquer; il s'agit plutôt de savoir dans quels cas le signal expressif peut être restreint de façon justifiable.

97

This brings us to a third difficulty with the signalling argument. Used to buttress the proposition that secondary picketing is *per se* illegal, it amounts to a special rule for union speech. As discussed under (g)

Cela nous amène au troisième problème que pose l'argument du signal. Avancé pour étayer la proposition selon laquelle le piquetage secondaire est illégal en soi, cet argument constitue une règle

above, it is difficult to explain why expression in the labour context should be treated as fundamentally less important than expression in other contexts. It is far from clear that union speech is more likely to elicit an irrational or reflexive response than, for example, speech by a political organization. If we say that the signalling effect justifies a special prohibition in the labour context, does it not follow that signalling in other contexts may also justify blanket prohibitions? Moreover, it seems clear that freedom of expression is not confined to “rational” speech. Irrationality may support according less protection to particular kinds of speech. But it does not justify denying all protection as a matter of principle.

A fourth problem with the signalling argument is that not all secondary picketing relies on the coercive potential of the picket line. A distinction is sometimes drawn between secondary picketing whose aim is to disrupt the production of the secondary employer (either by dissuading the secondary employer’s employees from working or by persuading consumers not to deal at all with the secondary employer until it discontinues its commercial relationship with the primary employer) and secondary picketing whose aim is merely to persuade consumers not to purchase from the secondary employer the products of the primary employer. (As an example of the latter form of labour activity, workers striking against a tobacco manufacturer might picket convenience stores in an effort to persuade customers to substitute another manufacturer’s brand of cigarettes for the brand manufactured by the primary employer.) The danger of a coercive picket line that depends on a signalling effect is clearly much greater in the case of union activity whose aim is to harm the secondary employer. The danger of coercion and signalling is much less in the case of secondary picketing aimed merely at persuading consumers not to purchase the product of the primary employer.

particulière applicable au discours syndical. Comme nous l’avons mentionné dans la partie g), il est difficile d’expliquer pourquoi l’expression devrait être considérée comme étant fondamentalement moins importante dans le domaine du travail que dans d’autres domaines. Il est loin d’être clair que le discours syndical est plus susceptible de provoquer une réaction irrationnelle ou réfléchie que, par exemple, le discours d’une organisation politique. Si nous affirmons que l’effet de signal justifie une interdiction particulière dans le domaine du travail, ne s’en suit-il pas que le signal dans d’autres contextes peut aussi justifier une interdiction générale? En outre, il semble clair que la liberté d’expression ne se limite pas au discours « rationnel ». L’irrationalité peut justifier d’accorder moins de protection à certains genres de discours, mais elle ne justifie pas le refus de toute protection, par principe.

Le quatrième problème que pose l’argument du signal est que ce n’est pas dans tous les cas de piquetage secondaire que l’on compte sur l’effet coercitif possible de la ligne de piquetage. On établit parfois une distinction entre le piquetage secondaire destiné à perturber la production de l’employeur secondaire (soit en dissuadant les salariés de l’employeur secondaire de travailler ou en persuadant les consommateurs de s’abstenir de traiter avec l’employeur secondaire jusqu’à ce que celui-ci rompe sa relation commerciale avec l’employeur principal) et le piquetage secondaire visant simplement à persuader les consommateurs de ne pas acheter à l’employeur secondaire les produits de l’employeur principal. (À titre d’exemple de cette dernière forme d’activité syndicale, les travailleurs en grève d’un fabricant de tabac pourraient faire du piquetage devant des dépanneurs en vue de convaincre les consommateurs d’acheter la marque de cigarettes d’un autre fabricant au lieu de celle de l’employeur principal.) Le danger que présente une ligne de piquetage coercitive qui compte sur l’effet de signal est évidemment beaucoup plus grand dans le cas où l’activité syndicale vise à causer un préjudice à l’employeur secondaire. Le risque de coercion et de signal diminue considérablement si le piquetage secondaire vise simplement à persuader les consommateurs de s’abstenir d’acheter les produits de l’employeur principal.

99

The United States Supreme Court recognized this distinction in *National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964), at pp. 63-64 and 70:

All that the legislative history shows in the way of an “isolated evil” believed to require proscription of peaceful consumer picketing at secondary sites, was its use to persuade the customers of the secondary employer to cease trading with him in order to force him to cease dealing with, or to put pressure upon, the primary employer. This narrow focus reflects the difference between such conduct and peaceful picketing at the secondary site directed only at the struck product. In the latter case, the union’s appeal to the public is confined to its dispute with the primary employer, since the public is not asked to withhold its patronage from the secondary employer, but only to boycott the primary employer’s goods. On the other hand, a union appeal to the public at the secondary site not to trade at all with the secondary employer goes beyond the goods of the primary employer, and seeks the public’s assistance in forcing the secondary employer to cooperate with the union in its primary dispute.

. . .

Peaceful consumer picketing to shut off all trade with the secondary employer unless he aids the union in its dispute with the primary employer, is poles apart from such picketing which only persuades his customers not to buy the struck product.

100

We should therefore be mindful not to extend the application of the signal effect to all forms of union expression. As Cory J. noted in *KMart* at para. 42, “[i]t is the ‘signal’ component of conventional picketing which attracts the need for regulation and restriction in some circumstances” (emphasis added). Given the diverse range of activities captured by the term “picketing,” it is apparent that the signal effect operates to a greater degree in some situations than in others. We conclude that signalling concerns may provide a justification for proscribing secondary picketing in particular cases, but certainly not as a general rule.

La Cour suprême des États-Unis a reconnu cette distinction dans *National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760*, 377 U.S. 58 (1964), p. 63-64 et 70 :

[TRADUCTION] Selon l’historique législatif, le seul cas de « mal isolé » qui exigerait l’interdiction du piquetage pacifique auprès des consommateurs dans des lieux de travail secondaires est celui où ce piquetage sert à persuader les clients de l’employeur secondaire de cesser de faire affaire avec lui pour le forcer à cesser de traiter avec l’employeur principal ou à faire pression sur ce dernier. Cet objet restreint reflète la différence entre cette conduite et le piquetage pacifique dans des lieux de travail secondaires qui est dirigé uniquement contre les produits frappés par le conflit. Dans ce dernier cas, l’appel au public lancé par le syndicat se limite au litige qui l’oppose à l’employeur principal puisqu’il demande au public non pas de s’abstenir de faire affaire avec l’employeur secondaire, mais seulement de boycotter les produits de l’employeur principal. Par ailleurs, le syndicat qui se présente dans des lieux de travail secondaires pour exhorter le public à ne plus faire affaire avec l’employeur secondaire ne s’en prend pas seulement aux produits de l’employeur principal; il demande alors au public de l’aider à forcer l’employeur secondaire à collaborer avec lui dans le cadre de son conflit avec l’employeur principal.

. . .

Le piquetage pacifique auprès des consommateurs qui vise à faire cesser tout commerce avec l’employeur secondaire à moins que celui-ci n’aide le syndicat dans le cadre de son conflit avec l’employeur principal est fort différent du piquetage destiné uniquement à persuader les clients de l’employeur secondaire de ne pas acheter les produits frappés par le conflit.

Il faut donc prendre garde d’appliquer l’effet de signal à toutes les formes d’expression syndicale. Comme le juge Cory l’a souligné dans l’arrêt *KMart*, précité, par. 42, « [c]’est l’aspect “signals du piquetage classique qui entraîne la nécessité de le réglementer et de le restreindre dans certaines circonstances » (nous soulignons). Compte tenu des différentes activités visées par le mot « piquetage », il appert que l’effet de signal est plus prononcé dans certains cas que dans d’autres. Nous concluons que les préoccupations relatives au signal peuvent justifier l’interdiction du piquetage secondaire dans des cas particuliers, mais sûrement pas dans tous les cas.

(k) Does a Wrongful Action Rule Offer Adequate Protection?

Having concluded that there is no principled ground on which to ban secondary picketing *per se* and that an approach requiring tortious or criminal conduct is preferable, the practical question remains: does a wrongful action rule offer sufficient protection for neutral third parties when weighed against the value of free expression?

We must note at the outset that total protection is not the goal. As this Court asserted in *KMart*, total protection from all economic harm is not to be expected. The more appropriate question is whether, from a pragmatic point of view, a wrongful action approach to picketing will function well. Will it permit coercive picketing that in fact may be justifiably limited? In other words, while a wrongful action rule respects the *Charter* by starting from the premise that the expressive action is permitted absent justified limitations, is it too permissive in that it does not provide a mechanism to permit neutral third parties to raise valid justifications — justifications that might prevail under s. 1 of the *Charter* had the matter arisen as a *Charter* case?

At this point we may usefully review what is caught by the rule that all picketing is legal absent tortious or criminal conduct. The answer is, a great deal. Picketing which breaches the criminal law or one of the specific torts like trespass, nuisance, intimidation, defamation or misrepresentation will be impermissible, regardless of where it occurs. Specific torts known to the law will catch most of the situations which are liable to take place in a labour dispute. In particular, the breadth of the torts of nuisance and defamation should permit control of most coercive picketing. Known torts will also protect property interests. They will not allow for intimidation, they will protect free access to private premises and thereby protect the right to use one's property. Finally, rights arising out of contracts or

k) La règle de l'acte fautif offre-t-elle une protection suffisante?

Après avoir conclu qu'il n'existe aucune raison fondée sur des principes d'interdire le piquetage secondaire en soi et qu'une approche exigeant une conduite délictuelle ou criminelle est préférable, il reste à trancher la question concrète suivante : est-ce que, eu égard à la valeur de la liberté d'expression, la règle de l'acte fautif offre une protection suffisante aux tiers neutres?

Nous devons souligner au départ que la protection totale n'est pas le but visé. Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *KMart*, il ne faut pas s'attendre à une protection totale contre tout préjudice économique. Il convient davantage de se demander si, d'un point de vue pratique, l'application de l'approche fondée sur l'acte fautif au piquetage donnera de bons résultats. Permettra-t-elle le piquetage coercitif qui, en fait, peut être restreint de façon justifiable? En d'autres termes, bien qu'elle respecte la *Charte* lorsqu'elle part du principe que l'action expressive est permise en l'absence de limites justifiées, la règle de l'acte fautif est-elle trop permissive parce qu'elle ne prévoit aucun mécanisme permettant aux tiers neutres d'invoquer des justifications valides — justifications qui pourraient être retenues en vertu de l'article premier de la *Charte* si la question se posait dans le cadre d'une affaire relative à l'application de la *Charte*?

À ce stade, il est utile que nous examinions la portée de la règle voulant que tout piquetage soit légal en l'absence de conduite délictuelle ou criminelle. La portée d'une telle règle est vaste. Le piquetage qui contrevient au droit criminel ou qui est assorti d'un délit particulier, comme l'intrusion, la nuisance, l'intimidation, la diffamation ou les déclarations inexactes, est interdit peu importe où il a lieu. Les délits particuliers connus en common law concernent la plupart des situations susceptibles de se produire lors d'un conflit de travail. En particulier, la portée des délits de nuisance et de diffamation devrait permettre d'enrayer le piquetage le plus coercitif. Les délits connus permettent également de protéger les droits de propriété. Ils permettent d'éviter l'intimidation et de protéger la liberté

101

102

103

business relationships also receive basic protection through the tort of inducing breach of contract.

d'accès aux lieux privés et, par conséquent, le droit de chacun à l'utilisation de son bien. Enfin, le délit d'incitation à la rupture de contrat confère aussi une protection de base aux droits découlant des contrats ou des relations d'affaires.

104 Undoubtedly, this new rule will not enjoin picketing in every situation where the old *Hersees* rule would have applied. As mentioned, the new rule acknowledges that the expressive activity involved in conveying information and trying to persuade will not be considered a sufficient ground for enjoining picketing. It is reasonable to expect, however, that the realities of labour relations will inject their own limits to prevent the unchecked spread of picketing beyond the primary parties. With limited people, energy and finances, it will be unlikely that unions will choose to picket a location which has absolutely no possible impact on their labour dispute.

Certes, cette nouvelle règle n'interdira pas le piquetage dans tous les cas où l'ancienne règle de l'arrêt *Hersees* se serait appliquée. Comme nous l'avons vu, la nouvelle règle reconnaît que l'activité expressive consistant à communiquer des renseignements et à tenter de persuader des gens ne sera pas considérée comme une raison suffisante d'interdire le piquetage. On peut toutefois raisonnablement s'attendre à ce que la réalité des relations du travail fera elle-même obstacle à l'extension incontrôlée du piquetage au-delà des parties en conflit à l'origine. Il est probable que les syndicats qui disposent d'un effectif, d'une énergie et de moyens financiers limités ne choisiront pas de faire du piquetage à un endroit qui n'est absolument pas susceptible d'avoir une incidence sur le conflit de travail en cause.

105 It is also true that, while the wrongful action approach is grounded on conduct and hence less arbitrary than the *per se* illegal rule of *Hersees* (see above), the way torts or crimes are defined may introduce its own measure of arbitrariness. Some of the relevant torts require an unlawful act or the threat of an unlawful act. This makes the relevant inquiry circular: secondary picketing is unlawful if it is tortious but it is tortious only if it is unlawful. Other torts may end up drawing arbitrary lines. Inducing breach of contract, for example, requires (obviously) a contract. The result might be that a neutral employer who has a long-term contract with the primary employer may be protected from secondary picketing, whereas a neutral employer who sells the same products without a long-term supply contract would not be protected.

Il est également vrai que, même si l'approche fondée sur l'acte fautif repose sur la conduite et est donc moins arbitraire que la règle de l'illégalité intrinsèque établie dans l'arrêt *Hersees* (voir plus haut), la façon dont les délits ou les crimes sont définis peut comporter sa propre mesure d'arbitraire. Certains délits pertinents requièrent un acte illégal ou la menace d'un tel acte. Cela rend l'examen pertinent circulaire : le piquetage secondaire est illégal s'il est délictuel mais il n'est délictuel que s'il est illégal. Il se peut que d'autres délits finissent par établir des limites arbitraires. L'incitation à la rupture de contrat, par exemple, exige (manifestement) un contrat. Un employeur neutre ayant conclu un contrat à long terme avec l'employeur principal pourrait être à l'abri du piquetage secondaire, alors qu'un employeur neutre qui vend les mêmes produits sans détenir un contrat d'approvisionnement à long terme ne serait pas protégé.

106 Despite some anomalies, it is safe to assert that a wrongful action-based approach will catch most problematic picketing — i.e. picketing whose value is clearly outweighed by the harm done to the neutral third party. Moreover, the law of tort may itself

Malgré certaines anomalies, on peut affirmer, sans crainte de se tromper, que l'approche fondée sur l'acte fautif permettra d'interdire le piquetage le plus problématique — celui dont la valeur est nettement inférieure au préjudice causé

be expected to develop in accordance with *Charter* values, thus assuring a reasonable balance between free expression and protection of third parties.

Moreover, to the extent that it may prove necessary to supplement the wrongful action approach, the courts and legislatures may do so. Doubtless issues will arise around the elaboration of the relevant torts and the tailoring of remedies to focus narrowly on the illegal activity at issue. Doubtless too, circumstances will present themselves where it will become difficult to separate the expressive from the tortious activity. In dealing with these issues, the courts may be expected to develop the common law sensitively, with a view to maintaining an appropriate balance between the need to preserve third-party interests and prevent labour strife from spreading unduly, and the need to respect the *Charter* rights of picketers. The legislatures too may play a role. Clarification of the status of picketing at common law should not be viewed as a restriction on legislative intervention. Rather it should be seen merely as a tool to assist the courts where federal and provincial laws remain silent. As mentioned earlier, different circumstances in different parts of the country may call for specially tailored legislative regimes. Legislatures must respect the *Charter* value of free expression and be prepared to justify limiting it. But subject to this broad constraint, they remain free to develop their own policies governing secondary picketing and to substitute a different balance than the one struck in this case.

5. *Status to Seek an Injunction*

In this case, Pepsi-Cola, the primary employer, sought an injunction to restrain picketing and demonstrations at the premises of independent third parties.

Cameron J.A for the majority of the Court of Appeal held that picketing is not subject to

au tiers neutre. En outre, on peut s'attendre à ce que le droit de la responsabilité délictuelle évolue lui-même conformément aux valeurs de la *Charte* et garantisse ainsi un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et la protection des tiers.

De plus, les tribunaux et le législateur pourront compléter l'approche fondée sur l'acte fautif si cela est nécessaire. Il est indubitable que la définition des délits pertinents et la conception de réparations axées strictement sur l'activité illégale en cause susciteront des questions. Nul doute que surviendront également des cas où il s'avérera difficile de distinguer l'activité expressive de l'activité délictuelle. On peut s'attendre à ce que les tribunaux qui examineront ces questions fassent évoluer la common law de façon réfléchie, en maintenant un juste équilibre entre la nécessité de protéger les intérêts des tiers, celle d'empêcher les conflits de travail de se propager indûment et l'exigence de respect des droits que la *Charte* garantit aux piqueteurs. Le législateur peut lui aussi jouer un rôle. La clarification de la situation du piquetage en common law ne doit pas être considérée comme une restriction de l'intervention du législateur. Il faut plutôt simplement considérer qu'elle permet d'aider les tribunaux en cas de silence des lois fédérales et provinciales. Comme nous l'avons mentionné précédemment, des circonstances différentes dans diverses parties du pays peuvent nécessiter des régimes législatifs particuliers. Le législateur doit respecter la valeur de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte* et être disposé à justifier toute limite qu'il y apporte. Mais, sous réserve de cette contrainte générale, il reste libre d'établir ses propres politiques régissant le piquetage secondaire et de remplacer l'équilibre établi en l'espèce par un autre équilibre.

5. *La qualité requise pour solliciter une injonction*

Dans la présente affaire, Pepsi-Cola, l'employeur principal, a sollicité une injonction interdisant le piquetage et les manifestations devant les établissements de tiers indépendants.

Le juge Cameron a conclu, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, que le piquetage

107

108

109

injunctive relief unless accompanied by the commission of a tort actionable at the instance of the primary company (i.e. Pepsi-Cola). Wakeling J.A., in dissent, concluded that Pepsi-Cola had suffered adequate injury and loss by the secondary picketing and thus would have allowed it to maintain an action for injunctive relief.

110 We would favour Cameron J.A.'s approach for the following reasons.

111 First, this approach is consistent with the wrongful action approach to secondary picketing. Since the wrongful action approach recognizes that secondary picketing is lawful where there is no tortious or criminal conduct, it follows that Pepsi-Cola should only be allowed to initiate injunction proceedings where it has been subjected to a tort or a crime — not where it has merely been the target of peaceful secondary picketing.

112 The contrary view, espoused by Wakeling J.A., is based on accepting secondary picketing as an independent tort against the primary company. The approach we adopt is inconsistent with such a tort. It follows that allowing Pepsi-Cola to maintain an action for injunctive relief on the basis of secondary picketing alone should also be rejected.

113 This does not mean that Pepsi-Cola has no ability to maintain an action for injunctive relief in a secondary picketing situation. It simply means that Pepsi-Cola would have to base its claim on a specific tort. Not all torts limit the cause of action to the person primarily affected by the actions of another. Intimidation serves as a good example. The elements of intimidation include both intimidating the plaintiff and intimidating others, to the injury of the plaintiff. Thus, as Cameron J.A. points out, in the context of labour-management disputes, intimidation would be actionable at the instance of the employer whether the person intimidated be the employer or an employee. Hence, the tort-based approach only limits Pepsi-Cola's cause of action to the extent that it is limited by the tort itself.

ne peut faire l'objet d'une injonction que s'il est assorti d'un délit ouvrant droit à des poursuites par la société principale (c'est-à-dire Pepsi-Cola). Dissident, le juge Wakeling a conclu que le piquetage secondaire avait causé à Pepsi-Cola une perte et un préjudice suffisants pour qu'elle puisse solliciter une injonction.

Nous privilégions l'approche du juge Cameron pour les motifs suivants.

Premièrement, cette approche est compatible avec l'application de l'approche fondée sur l'acte fautif au piquetage secondaire. Puisque cette approche reconnaît que le piquetage secondaire est légal en l'absence de conduite délictuelle ou criminelle, Pepsi-Cola ne devrait pouvoir solliciter une injonction que si elle a été victime d'un délit ou d'un crime, et non parce qu'elle a simplement fait l'objet de piquetage secondaire pacifique.

L'opinion contraire, adoptée par le juge Wakeling, se fonde sur le postulat que le piquetage secondaire est un délit distinct commis contre la société principale. Notre approche est incompatible avec l'existence d'un tel délit. Par conséquent, il ne devrait pas être permis non plus à Pepsi-Cola de solliciter une injonction en raison uniquement du piquetage secondaire.

Cela signifie non pas que Pepsi-Cola n'est pas en mesure de solliciter une injonction dans un cas de piquetage secondaire, mais simplement qu'elle devrait fonder sa demande sur un délit particulier. Ce ne sont pas tous les délits qui limitent la cause d'action à la personne principalement touchée par les actes d'autrui. L'intimidation en représente un bon exemple. Elle peut consister autant à intimider le demandeur qu'à intimider d'autres personnes au détriment du demandeur. Or, comme le juge Cameron le souligne, l'intimidation dans le cadre d'un conflit de travail permettrait des poursuites par l'employeur, peu importe que la personne intimidée soit l'employeur ou un salarié. Ainsi, l'approche fondée sur l'existence d'un délit ne restreint la cause d'action de Pepsi-Cola que dans la mesure où cette cause d'action est limitée par le délit lui-même.

VI. Application and Conclusion

The relevant portions of the order under appeal are: (1) generally prohibited picketing at any location other than the company's premises; and (2) specifically prohibited picketing at the homes of the company's other employees.

The general prohibition on picketing affected only two or three discrete instances of picketing. These consisted of the peaceful picketing that occurred on the sidewalks adjacent to the Delta Bessborough Hotel and the Mohawk outlet, together with the threatened picketing of the Mac's outlet or outlets.

The Chambers judge enjoined this conduct on the basis that such picketing involved the tort of "conspiracy to injure" the third parties. However, s. 28 of the Saskatchewan *Trade Union Act* expressly abolishes this tort. In effect, such a tort would render secondary picketing *per se* illegal. Therefore, we agree with the majority of the Court of Appeal that this injunction cannot be supported on the basis relied on by the Chambers judge. We also agree with the majority of the Court of Appeal that the conduct of the Union provided no basis for inferring any other tort, much less crime. It was peaceful informational picketing. It was aimed at supporting the strike and harming the business of Pepsi-Cola by discouraging people from trading or buying Pepsi-Cola's products. It did not amount to the tort of intimidation, which has to do with the intentional infliction of loss by unlawful means. Nor did the pickets support the tort of interference with contractual relations. First, Pepsi-Cola did not establish the required contractual basis under which the outlets allegedly acquired its product for resale. Second, the evidence as to picketing was, in the view of the Court of Appeal, "so ambiguous as to have made it impossible to conclude that the picketers . . . induced the breach of any contract or hindered its performance" (p. 242).

With regard to the demonstration outside the homes of Pepsi-Cola's management personnel, we

VI. Application et conclusion

Les parties pertinentes de l'ordonnance faisant l'objet de l'appel sont les suivantes : (1) interdiction générale de faire du piquetage ailleurs qu'aux établissements de la société, et (2) interdiction particulière de faire du piquetage devant les résidences des autres salariés de la société.

L'interdiction générale du piquetage ne visait que deux ou trois cas distincts de piquetage, soit le piquetage pacifique sur les trottoirs adjacents à l'hôtel Delta Bessborough et au point de vente mohawk, ainsi que la menace de piquetage au(x) point(s) de vente de Mac.

Le juge en chambre a interdit ce piquetage pour le motif qu'il était assorti du délit de « complot en vue de nuire » aux tiers. Toutefois, l'art. 28 de la *Trade Union Act* de la Saskatchewan abolit expressément ce délit. En fait, un tel délit rendrait le piquetage secondaire illégal en soi. Nous sommes donc d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour conclure que la raison invoquée par le juge en chambre ne justifie pas la délivrance de cette injonction. Nous sommes également d'accord avec eux pour reconnaître que la conduite du syndicat ne permet de déduire l'existence d'aucun autre délit et encore moins celle d'un crime. Il s'agissait de piquetage pacifique informatif ayant pour but d'appuyer la grève et de nuire à l'entreprise de Pepsi-Cola en dissuadant de vendre les produits Pepsi-Cola ou de les acheter. Le piquetage ne comportait aucun délit d'intimidation consistant à causer intentionnellement une perte par des moyens illégaux. La forme du piquetage n'établissait pas le délit d'entrave à des relations contractuelles. D'abord, Pepsi-Cola n'a pas rempli la condition requise, à savoir établir l'existence du contrat en vertu duquel les points de vente auraient acquis ses produits pour les revendre. Ensuite, la Cour d'appel a estimé que la preuve relative au piquetage était [TRADUCTION] « si ambiguë qu'il était impossible de conclure que les piqueurs [. . .] ont incité à la rupture d'un contrat ou entravé son exécution » (p. 242).

Quant aux manifestations devant les résidences de cadres de Pepsi-Cola, nous convenons avec la

114

115

116

117

agree with the Court of Appeal that the injunction was well-founded, since the conduct was tortious. As Cameron J. A. stated, at pp. 243-44:

What occurred at the homes in the present case did not constitute peaceful picketing. Indeed it did not so much constitute picketing as such (though it took the outward form thereof), as it amounted to disorderly conduct accompanied by threats of harm to the resident employees of the company in an effort to have them refrain from doing what they had every right to do, namely come and go as they wished for whatever purpose. Chief among these purposes at the time in question was doing the work assigned to them by the company in consequence of the strike and lockout. That being so, the union can have no complaint over the restraint of this picketing. The actions of the striking employees amounted to intimidation, not of the company but of its other employees, which as noted earlier was actionable at the instance of the company. Their actions also amounted to a private nuisance. However, this would not as such have been actionable at the instance of the company, because it was the use and enjoyment of the property of these persons, not that of the company, that was unreasonably interfered with. In any event, the appeal against paragraph (4) of the order must fail, and nothing more need be said of the matter.

Cour d'appel que l'injonction était bien fondée étant donné que la conduite était délictuelle. Comme le juge Cameron l'a affirmé, aux p. 243-244 :

[TRADUCTION] Les événements qui se sont produits aux résidences en l'espèce ne constituaient pas du piquetage pacifique. En fait, ils n'équivalaient pas tant à du piquetage comme tel (bien qu'ils en aient pris l'apparence) qu'à une inconduite assortie de menaces de préjudice envers les salariés de la société occupant ces résidences, qui étaient destinées à les empêcher de faire ce qu'ils avaient parfaitement le droit de faire, à savoir circuler à leur guise. À l'époque en question, il s'agissait avant tout pour ces salariés d'accomplir les tâches que la société leur avait confiées à la suite de la grève et du lock-out. Cela étant, le syndicat ne peut pas se plaindre de l'interdiction de ce piquetage. Les actes des grévistes constituaient des manœuvres d'intimidation visant non pas la société mais ses autres salariés, ce qui, comme nous l'avons vu, ouvrait droit à des poursuites par la société. Leurs actes constituaient également une nuisance privée. Toutefois, cette nuisance n'aurait pas pu ouvrir droit à des poursuites par la société, parce que c'est l'usage et la jouissance des biens de ces personnes, et non de ceux de la société, qui étaient entravés de façon déraisonnable. De toute manière, l'appel interjeté contre le quatrième paragraphe de l'ordonnance doit être rejeté, sans qu'il ne soit nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ce sujet.

118 We would therefore dismiss the appeal, with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondents: Kowalchuk Law Office, Regina.

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

Solicitors for the intervener Canadian Labour Congress: Baigent & Jackson, Enderby, B.C.

Solicitors for the intervener Canadian Civil Liberties Association (CCLA): Borden Elliot Scott & Ayles, Ottawa.

Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimés leurs dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intimés : Kowalchuk Law Office, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Baigent & Jackson, Enderby (C.-B.).

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles (ACLC) : Borden Elliot Scott & Ayles, Ottawa.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2002 Vol. 1

2^e cahier, 2002 Vol. 1

Cited as [2002] 1 S.C.R. 205-404

Renvoi [2002] 1 R.C.S. 205-404

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Krangle (Guardian ad litem of) v. Brisco205

Damages — Damages for cost of future care — Disabled child — Parents suing doctor for failure to advise them of availability of testing for Down syndrome — Trial judge awarding parents damages for child's care up to age of 19 on basis that it will be in child's best interests as adult to move to group home — Cost of group home to be paid by province under social security scheme — Parents also awarded \$80 000 in case benefits of social security scheme not available to child when he reaches adulthood — Post-trial amendments to Family Relations Act raising parents' concerns that they might be legally liable for child's adult care and that province might seek to recover costs of child's adult care in group home — Whether parents entitled to damages for cost of care after disabled child reaches adulthood — Whether amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child's care after he reaches adulthood — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

Family law — Maintenance and support obligations — Disabled child — Trial judge concluding that it is in child's best interests to live in publicly funded group home when he reaches adulthood — Whether post-trial amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child's adult care — Meaning of word "charge" in new definition of "child" in s. 87 of Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council).....249

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Natural justice — Rules of procedural fairness — Provincial Judicial Council recommending that Provincial Court judge be removed from office because of statements she made in court — Applicable standard of review of Council's decision — Whether Council violated rules of procedural fairness by imposing penalty more severe than that recommended by inquiry panel — Whether Council bound to follow findings of inquiry panel — Whether Council's decision to recommend removal of judge justified — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(4).

Constitutional law — Judicial independence — Security of tenure of judges — Provincial legislation empowering Lieutenant-Governor in Council to remove Provincial Court judge without first addressing Legislative Assembly — Whether procedure set out in legislation to sanction misconduct of Provincial Court judges meets minimal standards required to ensure respect for principle of judicial independence — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(8).

Continued on next page

SOMMAIRE

Krangle (Tutrice à l'instance de) c. Brisco205

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts destinés à pourvoir aux besoins futurs — Enfant handicapé — Médecin poursuivi par le père et la mère pour son défaut de les informer de l'existence de tests qui auraient permis le dépistage du syndrome de Down — Juge de première instance leur accordant des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant jusqu'à l'âge de 19 ans parce qu'il sera alors dans son intérêt, en tant qu'adulte, d'emménager dans un foyer de groupe — Coût des soins en foyer de groupe couverts par la province dans le cadre du programme de sécurité sociale — Somme de 80 000 \$ accordée également au père et à la mère au cas où l'enfant n'aurait pas accès aux prestations sociales une fois devenu adulte — Crainte du père et de la mère que les modifications à la Family Relations Act entrées en vigueur après le procès les obligent à pourvoir aux besoins de l'enfant adulte et que la province leur demande de rembourser les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de l'enfant en foyer de groupe à l'âge adulte — Le père et la mère ont-ils droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte? — Sont-ils légalement tenus de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

Droit de la famille — Obligations alimentaires — Enfant handicapé — Juge de première instance concluant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans un foyer de groupe financé par l'État lorsqu'il aura atteint l'âge adulte — Le père et la mère sont-ils légalement tenus de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Sens du terme « charge » dans la nouvelle définition du terme « enfant » énoncée à l'art. 87 de la Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature).....249

Droit administratif — Révision judiciaire — Norme de révision — Justice naturelle — Règles d'équité procédurale — Conseil provincial de la magistrature recommandant la révocation d'une juge de la Cour provinciale en raison de déclarations qu'elle a faites en cour — Norme de révision applicable à la décision du Conseil — Le Conseil a-t-il violé les règles de l'équité procédurale en imposant une sanction plus sévère que celle recommandée par le comité d'enquête? — Le Conseil était-il tenu de suivre les conclusions du comité d'enquête? — La décision du Conseil de recommander la révocation de la juge était-elle justifiée? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(4).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Law227

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exclusion of evidence — Safe containing business documents revealing alleged GST violations by accused stolen from accused's place of business — Safe recovered by police — Police officer not involved in theft investigation but suspecting accused of tax evasion photocopying documents and forwarding them to tax authorities — Whether photocopying of documents constituted unreasonable search or seizure — Whether photocopied documents admissible as evidence of Excise Tax Act violations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Regan297

Criminal law — Remedies — Abuse of process — Stay of proceedings — Accused charged with sex-related offences — Police identifying accused as suspect before charges laid — Crown engaging in “judge shopping” and conducting pre-charge interviews of complainants — Trial judge staying some of charges — Court of Appeal overturning stay — Whether conduct of Crown and police amounted to abuse of process — Whether partial stay of proceedings warranted — Whether Court of Appeal entitled to interfere with trial judge's decision to grant partial stay.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale autorisant le lieutenant-gouverneur en conseil à démettre un juge de la Cour provinciale de ses fonctions sans s'adresser au préalable à l'Assemblée législative — La procédure établie par la loi pour sanctionner l'inconduite d'un juge de la Cour provinciale est-elle conforme aux normes minimales requises pour garantir le respect du principe de l'indépendance judiciaire? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(8).

R. c. Law227

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Exclusion d'éléments de preuve — Vol à l'établissement des accusés d'un coffre-fort contenant des documents de nature commerciale révélant de présumées infractions en matière de TPS de la part des accusés — Coffre-fort retrouvé par la police — Policier ne participant pas à l'enquête sur le vol mais soupçonnant les accusés de fraude fiscale a photocopié des documents et a transmis les photocopies au fisc — La photocopie des documents constitue-t-elle une fouille, perquisition ou saisie abusive? — Les photocopies sont-elles admissibles en tant que preuve de violations de la Loi sur la taxe d'accise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Regan297

Droit criminel — Réparations — Abus de procédure — Suspension des procédures — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — La police a révélé l'identité de l'accusé avant que des accusations soient portées — Le ministère public était à la recherche d'un juge accommodant et a mené des entrevues pré-inculpation avec les plaignantes — Le juge du procès a suspendu certaines des accusations — La Cour d'appel a annulé la suspension — La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure? — La suspension partielle des procédures était-elle justifiée? — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension partielle?

Dr. Stanley Fred Morrill *Appellant*

v.

**Mervyn Dudley Krangle, an infant
by his mother and Guardian ad litem,
Phapphim Krangle, the said
Phapphim Krangle, and Murray John
Krangle** *Respondents*

**INDEXED AS: KRANGLE (GUARDIAN AD LITEM OF) v.
BRISCO**

Neutral citation: 2002 SCC 9.

File No.: 27891.

2001: October 3; 2002: January 24.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

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

Damages — Damages for cost of future care — Disabled child — Parents suing doctor for failure to advise them of availability of testing for Down syndrome — Trial judge awarding parents damages for child's care up to age of 19 on basis that it will be in child's best interests as adult to move to group home — Cost of group home to be paid by province under social security scheme — Parents also awarded \$80 000 in case benefits of social security scheme not available to child when he reaches adulthood — Post-trial amendments to Family Relations Act raising parents' concerns that they might be legally liable for child's adult care and that province might seek to recover costs of child's adult care in group home — Whether parents entitled to damages for cost of care after disabled child reaches adulthood — Whether amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child's care after he reaches adulthood — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

D^r Stanley Fred Morrill *Appellant*

c.

**Mervyn Dudley Krangle,
mineur représenté par sa mère et tutrice
à l'instance, Phapphim Krangle, ladite
Phapphim Krangle, et Murray John
Krangle** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : KRANGLE (TUTRICE À L'INSTANCE
DE) c. BRISCO**

Référence neutre : 2002 CSC 9.

N^o du greffe : 27891.

2001 : 3 octobre; 2002 : 24 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts destinés à pourvoir aux besoins futurs — Enfant handicapé — Médecin poursuivi par le père et la mère pour son défaut de les informer de l'existence de tests qui auraient permis le dépistage du syndrome de Down — Juge de première instance leur accordant des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant jusqu'à l'âge de 19 ans parce qu'il sera alors dans son intérêt, en tant qu'adulte, d'emménager dans un foyer de groupe — Coût des soins en foyer de groupe couverts par la province dans le cadre du programme de sécurité sociale — Somme de 80 000 \$ accordée également au père et à la mère au cas où l'enfant n'aurait pas accès aux prestations sociales une fois devenu adulte — Crainte du père et de la mère que les modifications à la Family Relations Act entrées en vigueur après le procès les obligent à pourvoir aux besoins de l'enfant adulte et que la province leur demande de rembourser les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de l'enfant en foyer de groupe à l'âge adulte — Le père et la mère ont-ils droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte? — Sont-ils légalement tenus de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

Family law — Maintenance and support obligations — Disabled child — Trial judge concluding that it is in child's best interests to live in publicly funded group home when he reaches adulthood — Whether post-trial amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child's adult care — Meaning of word "charge" in new definition of "child" in s. 87 of Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

K was born with Down syndrome. His parents sued Dr. M for the cost of raising him on the ground that M failed to advise the mother of the availability of testing which would have revealed the Down syndrome, in which case she would have had an abortion. All agree that M was at fault and that the parents suffered some loss. The trial judge awarded the parents damages for K's care up to age 19, but declined to award similar damages for K's adult care on the basis that it was in K's best interests as an adult to move to a group home. The cost of the group home would be paid for by the province under the *BC Benefits (Income Assistance) Act*. The trial judge awarded \$80 000 against the contingency that the benefits of that legislation or the social safety net might not be available when K reached adulthood. Shortly after the trial, the support provisions of the *Family Relations Act* were amended. Section 87 defined "child" as including an adult over 19 who "is unable, because of illness, disability or other cause, to withdraw from [the parents'] charge or to obtain the necessaries of life" and s. 88(1) provided that "[e]ach parent of a child is responsible and liable" for the child's support. On appeal, the parents argued that in the event the *Family Relations Act* made them legally responsible for K's care after he reached 19, and in the event the province had a right to claim against them on that basis for K's costs in a group home, the award of damages for K's adult care should be increased. A majority of the Court of Appeal allowed the parents' appeal and referred the matter back to the trial judge for an assessment of the cost of adult care. M appealed to this Court, seeking reinstatement of the trial judgment.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

Droit de la famille — Obligations alimentaires — Enfant handicapé — Juge de première instance concluant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans un foyer de groupe financé par l'État lorsqu'il aura atteint l'âge adulte — Le père et la mère sont-ils légalement tenus de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Sens du terme « charge » dans la nouvelle définition du terme « enfant » énoncée à l'art. 87 de la Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

K est né avec le syndrome de Down. Son père et sa mère ont intenté une action contre le Dr M pour pourvoir à ses besoins en invoquant le défaut de M d'informer la mère qu'elle avait accès à des tests qui auraient permis de dépister le syndrome de Down, auquel cas elle aurait subi un avortement. Toutes les parties reconnaissent que M a commis une faute et que le père et la mère ont subi une perte en raison de cette faute. Le juge de première instance leur a accordé des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de K jusqu'à l'âge de 19 ans, mais il a refusé de leur en accorder pour pourvoir à ses besoins à l'âge adulte, au motif qu'il était dans son intérêt, en tant qu'adulte, d'emménager dans un foyer de groupe. Les coûts du foyer de groupe seront supportés par la province en vertu de la *BC Benefits (Income Assistance) Act*. Le juge de première instance a accordé une indemnité de 80 000 \$ au cas où K, à l'âge adulte, n'aurait pas accès aux prestations prévues par la loi ou au filet de sécurité sociale. Peu après le procès, les dispositions relatives aux aliments de la *Family Relations Act* ont été modifiées. Selon la définition d'un « enfant » à l'art. 87, y est assimilée la personne de plus de 19 ans qui « ne peut, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge [du père et de la mère] ou subvenir à ses propres besoins » et le par. 88(1) dispose que « [l]e père et la mère d'un enfant ont l'obligation de pourvoir » à ses besoins. En appel, le père et la mère ont fait valoir qu'il serait opportun que la cour leur accorde des dommages-intérêts plus élevés dans l'éventualité où ils seraient tenus de pourvoir aux besoins de K lorsqu'il aura atteint l'âge de 19 ans, en vertu de la *Family Relations Act*, et où le gouvernement aurait de ce fait le droit de leur demander de payer pour qu'il soit pourvu aux besoins de K dans un foyer de groupe. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli leur appel et a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il évalue combien il en coûte pour pourvoir aux besoins d'un adulte. M se pourvoit devant notre Cour pour obtenir le rétablissement du jugement de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

Subject to modification on appeal, damages must be assessed once and for all at the time of trial. The question in this case is what is required to indemnify the parents for any costs they may incur for K's adult care. The parents are entitled to be reimbursed for losses they may reasonably be expected to incur on the basis of the evidence and the law, and the court may make any necessary adjustment for the contingency that the future may differ from what the evidence at trial indicates. As the matter stood at trial, the trial judge's holding that the parents would incur no cost for K's adult care and his contingency award cannot be assailed. The trial judge's findings were fully supported by the evidence and the law.

The amendments to the *Family Relations Act* passed after the trial do not invalidate the trial judge's conclusions and do not raise a probability that the parents will incur expenses for K's adult care. Although the new definition of "child" in the *Family Relations Act* imposes responsibility on a parent for care of an adult child in some circumstances, it would not here because, on the evidence, K would withdraw from the charge of his parents on entering the group home at age 19. He accordingly will not fall under the s. 87 definition of "child" when he reaches age 19 and s. 88(1) could not make his parents responsible for him. The cost of K's care in a group home will be fully met by the social security program in force in the province. The trial judge's contingency award provides adequate security against the possibility of change.

Statutes and Regulations Cited

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, c. 27, preamble, ss. 15(1), 24.1 [ad. S.B.C. 1997, c. 15, s. 3].
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87 [am. S.B.C. 1997, c. 20, s. 16], 88(1) [*idem*, s. 17], 91(3).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, c. 158. [rep. S.B.C. 1996, c. 6].
Income Assistance Regulation, B.C. Reg. 75/97, ss. 1, 78.

Sous réserve de modification en appel, les dommages-intérêts doivent être évalués une fois pour toutes au moment du procès. En l'espèce, il s'agit de déterminer le montant de l'indemnité à accorder au père et à la mère pour les indemniser des frais engagés pour pourvoir aux besoins de K à l'âge adulte. Ils ont le droit d'obtenir le remboursement des pertes qu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à subir suivant la preuve au dossier et suivant la loi; la cour peut faire un rajustement pour tenir compte de la possibilité que l'avenir ne soit pas conforme à ce que la preuve présentée lors du procès laissait prévoir. Selon l'affaire telle qu'elle se présentait au moment du procès, il n'est possible d'écarter ni la décision du juge de première instance selon laquelle les parents ne supporteraient aucun coût pour pourvoir aux besoins de K à l'âge adulte, ni l'indemnité accordée au cas où la situation serait différente. La preuve au dossier et la loi étayaient tout à fait les conclusions du juge.

Les modifications à la *Family Relations Act* entrées en vigueur après le procès n'invalident pas les conclusions du juge de première instance et n'augmentent pas la probabilité que les parents aient à supporter des dépenses pour pourvoir aux besoins de K à l'âge adulte. Bien que la nouvelle définition du terme « enfant » dans la *Family Relations Act* oblige le père et la mère à pourvoir aux besoins d'un enfant adulte dans certaines circonstances, ce ne serait pas le cas en l'espèce parce que, suivant la preuve, K cessera d'être à la charge de ses parents lorsqu'il ira vivre en foyer de groupe à l'âge de 19 ans. Par conséquent, K ne sera pas inclus dans la définition d'« enfant » énoncée à l'art. 87 lorsqu'il atteindra l'âge de 19 ans et son père et sa mère ne seront pas responsables de lui au sens du par. 88(1). Les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de K dans un foyer de groupe seront entièrement couverts par le programme de sécurité sociale en vigueur dans la province. L'indemnité que le juge de première instance a accordée au titre des aléas procure une sécurité adéquate pour faire face aux changements susceptibles de survenir.

Lois et règlements cités

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 27, préambule, art. 15(1), 24.1 [aj. S.B.C. 1997, ch. 15, art. 3].
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87 [mod. S.B.C. 1997, ch. 20, art. 16], 88(1) [*idem*, art. 17], 91(3).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, ch. 158. [rempl. S.B.C. 1996, ch. 6].
Income Assistance Regulation, B.C. Reg. 75/97, art. 1, 78.

Authors Cited

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "charge".
- British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 7, No. 3, 2nd Sess., 36th Parl., July 21, 1997, pp. 6055-56.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "charge".
- Stapleton, Jane. "The Normal Expectancies Measure in Tort Damages" (1997), 113 *L.Q.R.* 257.
- Woodman, Faye L. "Financial Obligations of Parents to Adult Disabled Children, Part I" (1997), 17 *Est. Tr. & P. J.* 131.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 251, 135 B.C.A.C. 106, 221 W.A.C. 106, 76 B.C.L.R. (3d) 1, 2 C.C.L.T. (3d) 13, [2000] 6 W.W.R. 449, [2000] B.C.J. No. 465 (QL), 2000 BCCA 147, reversing in part a judgment of the British Columbia Supreme Court (1997), 154 D.L.R. (4th) 707, 55 B.C.L.R. (3d) 23, [1997] B.C.J. No. 2740 (QL). Appeal allowed.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *Raj Samtani*, for the appellant.

John N. Laxton, Q.C., and *Robert D. Gibbens*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE — At the heart of this litigation lies a 10-year-old boy, Mervyn Krangle, and his future care. Mervyn was born with Down syndrome. He is disabled and will require care for the rest of his life. He now lives with his parents. When he becomes an adult, at age 19, he is expected to leave his parents' care and go to a group home provided by the state, which all parties agree will be in his best interests. The issue on this appeal is whether Mervyn's parents, the Krangles, can recover damages for his adult care from Dr. Morrill, who cared for Mrs. Krangle during her pregnancy.

Doctrine citée

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « charge ».
- British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 7, No. 3, 2nd Sess., 36th Parl., July 21, 1997, pp. 6055-56.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford : Clarendon Press, 1995, « charge ».
- Stapleton, Jane. « The Normal Expectancies Measure in Tort Damages » (1997), 113 *L.Q.R.* 257.
- Woodman, Faye L. « Financial Obligations of Parents to Adult Disabled Children, Part I » (1997), 17 *Est. Tr. & P. J.* 131.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 184 D.L.R. (4th) 251, 135 B.C.A.C. 106, 221 W.A.C. 106, 76 B.C.L.R. (3d) 1, 2 C.C.L.T. (3d) 13, [2000] 6 W.W.R. 449, [2000] B.C.J. No. 465 (QL), 2000 BCCA 147, qui a infirmé en partie un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 154 D.L.R. (4th) 707, 55 B.C.L.R. (3d) 23, [1997] B.C.J. No. 2740 (QL). Pourvoi accueilli.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *Raj Samtani*, pour l'appellant.

John N. Laxton, c.r., et *Robert D. Gibbens*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — Un jeune garçon de 10 ans, Mervyn Krangle, et la façon dont il sera pourvu à ses besoins futurs sont au cœur du présent litige. Mervyn est né avec le syndrome de Down. Il est handicapé et devra recevoir des soins toute sa vie. Il habite actuellement avec ses parents. On s'attend à ce qu'il cesse de compter sur son père et sa mère pour pourvoir à ses besoins et qu'il aille vivre dans un foyer de groupe financé par l'État lorsqu'il deviendra adulte, à l'âge de 19 ans. Les parties sont unanimes pour dire que cette solution est conforme à son intérêt. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si le père et la mère de Mervyn, M. et M^{me} Krangle, peuvent obtenir du D^r Morrill, l'obstétricien qui a suivi M^{me} Krangle pendant sa grossesse, des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte.

Mervyn's parents have sued Dr. Morrill for the cost of raising Mervyn and related damages, on the ground that he failed to advise Mrs. Krangle of the availability of testing which would have revealed the Down syndrome, in which case she would have had an abortion. All agree that Dr. Morrill was at fault and that as a result the Krangles suffered some loss. The only issue before this Court is the amount of that loss — specifically, whether the Krangles are entitled to damages for the cost of caring for Mervyn after he reaches adulthood. It is conceded that Mervyn himself has no cause of action.

We are of the view that the Krangles are not entitled to damages for cost of care after Mervyn reaches adulthood and that the possibility of loss to them on that account is adequately reflected in the \$80 000 contingency award made by the trial judge. Accordingly, we would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

I. Rulings at Trial and on Appeal

The trial judge awarded the Krangles damages for Mervyn's care up to the age of 19, including damages for in-home service, special education, speech therapy, and equipment. He declined to award similar damages for Mervyn's care after the age of 19, on the basis that it was in Mervyn's best interests as an adult to move to a publicly funded group home. Because Mervyn would qualify for benefits under the *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158 ("GAIN") (later replaced by the *BC Benefits (Income Assistance) Act*, S.B.C. 1996, c. 6 (now R.S.B.C. 1996, c. 27)) the cost of the group home would be met by a monthly social security payment. He wrote:

2 Le père et la mère de Mervyn ont intenté une action contre le D^r Morrill, auquel ils réclament les coûts engagés pour élever Mervyn et des dommages-intérêts connexes en invoquant le défaut du D^r Morrill d'informer M^{me} Krangle qu'elle avait accès à des tests qui auraient permis de dépister le syndrome de Down, auquel cas elle aurait subi un avortement. Toutes les parties reconnaissent que le D^r Morrill a commis une faute et que M. et M^{me} Krangle ont subi une perte en raison de cette faute. Le litige qui nous est soumis porte uniquement sur le montant de cette perte — plus précisément sur la question de savoir si M. et M^{me} Krangle ont droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn lorsqu'il aura atteint l'âge adulte. Il est admis que Mervyn ne peut faire valoir lui-même aucune cause d'action.

3 Nous estimons que M. et M^{me} Krangle n'ont pas droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte et que le montant de 80 000 \$ accordé par le juge de première instance au titre des aléas correspond bien à la perte qu'ils risquent de subir à cet égard. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance.

I. Décisions rendues en première instance et en appel

4 Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts à M. et M^{me} Krangle pour pourvoir aux besoins de Mervyn jusqu'à l'âge de 19 ans, y compris des dommages-intérêts couvrant les services de soutien à domicile, l'enseignement adapté, l'orthophonie et l'équipement connexe. Il a refusé d'accorder les mêmes dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn après l'âge de 19 ans, au motif qu'il est conforme à son intérêt, en tant qu'adulte, d'emménager dans un foyer de groupe financé par l'État. Vu que Mervyn serait admissible à des prestations accordées au titre de la *Guaranteed Available Income for Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158 (« GAIN ») (qui a été remplacée par la *BC Benefits (Income Assistance) Act*, S.B.C. 1996, ch. 6 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 27)), le versement mensuel des prestations sociales couvrirait les frais reliés au foyer de groupe. Il s'est exprimé ainsi :

. . . it is unlikely that there will be any cost to the adult plaintiffs for the care of Mervyn after age nineteen. The social safety net is likely to be in place at that time to provide the same benefits he would be eligible to receive today. . . . This is not a collateral benefits situation as argued on behalf of the plaintiffs.

((1997), 154 D.L.R. (4th) 707, at para. 102)

[TRADUCTION] . . . il est peu probable que les demandeurs adultes aient à engager des frais pour pourvoir aux besoins de Mervyn après l'âge de 19 ans. Le filet de sécurité sociale sera vraisemblablement alors en place et lui fournira les mêmes prestations que celles auxquelles il serait admissible aujourd'hui [. . .] Il ne s'agit pas ici d'une situation donnant lieu à un avantage accessoire, contrairement à ce que l'avocat des demandeurs a fait valoir.

((1997), 154 D.L.R. (4th) 707, par. 102)

5 Having concluded that there was at least a 95 percent chance that the benefits provided under the legislation would be available to Mervyn when he reached age 19, the trial judge awarded the Krangles \$80 000 against the contingency that this might not be the case. This figure represented 5 percent of what the award would have been had he concluded that the Krangles were responsible for Mervyn's adult care.

Après avoir conclu qu'il y avait au moins 95 pour 100 des probabilités que Mervyn ait accès aux prestations prévues par la loi dès qu'il aura atteint l'âge de 19 ans, le juge de première instance a accordé 80 000 \$ à M. et M^{me} Krangle au titre des aléas, au cas où la situation serait différente. Ce chiffre représente 5 pour 100 du montant qu'il aurait adjugé s'il était venu à la conclusion que la responsabilité de pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte incombait à M. et M^{me} Krangle.

6 Shortly after the trial, the support provisions of the British Columbia *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, were amended by S.B.C. 1997, c. 20. Section 88(1) stated that "[e]ach parent of a child is responsible and liable" for the child's support. Section 87 defined "child" as including an adult over age 19 who "is unable, because of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessaries of life".

Peu après le procès, les dispositions relatives aux aliments dans la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 128, ont été modifiées par S.B.C. 1997, ch. 20. Le paragraphe 88(1) dispose que la responsabilité de subvenir aux besoins d'un enfant incombe à la fois à son père et à sa mère. Selon la définition d'un [TRADUCTION] « enfant » énoncée à l'art. 87, y est assimilé l'adulte de plus de 19 ans qui [TRADUCTION] « ne peut, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins ».

7 The Krangles were concerned with the possibility that the amendments to the *Family Relations Act* might make them legally liable to care for Mervyn after he turned 19. They were further concerned that if they were so liable, the Province of British Columbia might seek to recover from them the costs of Mervyn's adult care in a group home under the indemnification provisions of the *Family Relations Act* and the GAIN or social welfare legislation. They decided to put these issues before the British Columbia Court of Appeal. They argued that in the event the *Family Relations Act* made them legally responsible for Mervyn's care after he reached age 19, and in the event the government had a right

Les modifications apportées à la *Family Relations Act* ont fait craindre à M. et M^{me} Krangle d'être tenus par la Loi de pourvoir aux besoins de Mervyn après l'âge de 19 ans. Ils craignaient également que, si cette obligation leur incombait, la province de la Colombie-Britannique leur demande de rembourser les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de Mervyn en foyer de groupe à l'âge adulte, conformément aux dispositions relatives à l'indemnisation de la *Family Relations Act* et de la GAIN ou de la législation en matière de sécurité sociale. Ils ont demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de se prononcer sur ces questions. Ils ont fait valoir qu'il serait opportun que la

to claim against them on that basis for Mervyn's costs in a group home, the award of damages for Mervyn's adult care should be increased.

The majority of the Court of Appeal allowed the appeal ((2000), 184 D.L.R. (4th) 251) and referred the matter back to the trial judge for an assessment of the cost of adult care. They stipulated that the sum awarded should be placed in a trust to protect that fund from dissipation, insulate it from potential creditors of the parents and ensure that any funds remaining on the parents' death would be available for Mervyn's care should he survive them. McEachern C.J.B.C., dissenting, would have upheld the trial judgment.

The majority, *per* Mackenzie J.A., held that s. 88(1) of the *Family Relations Act* imposed a parental obligation to care for disabled adult children. The philosophy underlying the Act, in their view, was that the parents' obligation to support adult disabled children preceded that of the state. Section 91(3) of the Act provided a mechanism for the province to enforce that obligation, by authorizing "any person", including the province, to apply for an order for maintenance of the child if the parents do not discharge their obligation. Thus, if Mervyn went to a group home at age 19, and the province paid for his care under the social security or GAIN legislation, the province would be entitled to apply on Mervyn's behalf for an order obliging the Krangles to reimburse the Province for Mervyn's cost of care.

The majority thus concluded that the Act imposed a legal obligation on the Krangles for Mervyn's adult care which the province might well choose to

cour leur accorde des dommages-intérêts plus élevés dans l'éventualité où ils seraient tenus de pourvoir aux besoins de Mervyn lorsqu'il aura atteint l'âge de 19 ans, en vertu de la *Family Relations Act*, et où le gouvernement aurait de ce fait le droit de leur demander de payer pour qu'il soit pourvu aux besoins de Mervyn dans un foyer de groupe.

La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il évalue combien il en coûte pour pourvoir aux besoins d'un adulte : (2000), 184 D.L.R. (4th) 251. Les juges de la Cour d'appel ont suggéré de placer la somme accordée en fiducie pour éviter que les fonds soient dilapidés, pour les tenir à l'abri des créanciers éventuels du père et de la mère de Mervyn et pour que celui-ci, s'il leur survivait, ait accès à toute somme inutilisée au moment de leur décès. Le juge en chef McEachern, dissident, était d'avis de confirmer le jugement de première instance.

Au nom de la majorité, le juge Mackenzie a statué que le par. 88(1) de la *Family Relations Act* imposait au père et à la mère d'un enfant majeur handicapé l'obligation de pourvoir à ses besoins. Selon les juges majoritaires, la philosophie sous-jacente de la Loi voulait que l'obligation parentale de subvenir aux besoins de leur enfant majeur handicapé l'emporte sur celle de l'État. Le paragraphe 91(3) de la Loi prévoyait un mécanisme par lequel la province pouvait exiger l'exécution de cette obligation, en autorisant [TRADUCTION] « toute personne », y compris la province, à présenter une demande visant à obtenir une ordonnance alimentaire au profit de l'enfant dans le cas où le père et la mère ne s'acquitteraient pas de leur obligation. Par conséquent, si à 19 ans Mervyn allait vivre dans un foyer de groupe et que la province payait les frais nécessaires pour pourvoir à ses besoins en vertu de la loi en matière de sécurité sociale ou de la GAIN, la province pourrait présenter une demande au nom de Mervyn en vue d'obtenir une ordonnance obligeant son père et sa mère à rembourser à la province les coûts ainsi engagés.

Les juges formant la majorité ont par conséquent conclu que la Loi imposait à M. et M^{me} Krangle l'obligation de pourvoir aux besoins de Mervyn à

8

9

10

enforce. It held that they were entitled to be indemnified against that obligation in full. There was no foundation for a contingency discount against the possibility that the province might not enforce the obligation.

l'âge adulte, obligation dont la province pourrait bien décider d'exiger l'exécution. Ils ont statué que le père et la mère avaient le droit d'être pleinement dédommagés de cette obligation. Rien ne justifiait une réduction au titre des aléas dans le cas où la province choisirait de ne pas demander l'exécution forcée de cette obligation.

11 The majority held, moreover, that damages for future care must be assessed without any deduction for social security benefits because GAIN is a welfare scheme for people who need its benefits and who are otherwise unable to pay for the cost of their own care. The majority found that the GAIN scheme allows the province to treat the parents' obligation under the *Family Relations Act* as the primary obligation and either refuse benefits assistance to Mervyn on reaching adulthood or alternatively claim indemnity from the parents under the Act.

Qui plus est, les juges formant la majorité ont estimé qu'aucune déduction ne devait être faite au titre des prestations de sécurité sociale dans le calcul des dommages-intérêts relatifs aux besoins futurs parce que la GAIN est un programme d'aide sociale destiné aux personnes qui n'ont aucune autre source de revenus et qui ne pourraient autrement subvenir à leurs propres besoins. Ils ont conclu que ce programme permettait au gouvernement de traiter l'obligation imposée au père et à la mère par la *Family Relations Act* comme l'obligation principale; en conséquence, le gouvernement pourrait soit de refuser d'accorder des prestations d'aide sociale à Mervyn au moment où il deviendra adulte, soit se faire indemniser par son père et sa mère conformément à la Loi.

12 The majority of the Court of Appeal rejected the argument that liability must be based on the legislative scheme in place at the time of trial, and that the amendments to the *Family Relations Act* could not be considered. It held that the damages at issue involved future costs, making it unnecessary to consider the Act's retrospective and retroactive effect. The change in the legislation was a relevant fact before the court. If the change in legislation had reduced the parents' liability for cost of future care, it could not seriously be contended that Dr. Morrill would not be entitled to the benefit of the future cost reduction. The same must hold where the legislation increased those costs.

Les juges de la Cour d'appel ont rejeté, à la majorité, l'argument portant que la responsabilité devait être établie en fonction du régime législatif en vigueur au moment du procès et qu'on ne pouvait tenir compte des modifications apportées à la *Family Relations Act*. Ils ont jugé que les dommages-intérêts en l'espèce concernaient des coûts futurs, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les effets rétroactifs et rétroactifs de la Loi. La modification législative constituait un fait pertinent dans l'analyse de la cour. Si cette modification avait réduit la responsabilité du père et de la mère à l'égard des coûts futurs, on ne pourrait prétendre sérieusement que le D^r Morrill n'a pas le droit de bénéficier de la réduction des coûts futurs. Le même raisonnement doit s'appliquer dans le cas où la loi a accru ces coûts.

13 To address the argument raised by the Court of Appeal that any award for future care might be dissipated before it was required, the Krangles volunteered to put the money in a trust. The Court of Appeal endorsed this suggestion, noting that trusts were awarded routinely in favour of third parties

En réponse à l'hypothèse soulevée par la Cour d'appel, selon laquelle toute somme accordée pour pourvoir aux besoins futurs de Mervyn risque d'être dilapidée avant qu'il en ait besoin, M. et M^{me} Krangle ont proposé de placer l'argent en fiducie. La Cour d'appel a accepté cette proposition,

who provide services to plaintiffs. The trust would protect the funds and serve the public purpose of ensuring that any amounts left after the parents' death would go to Mervyn's care, should he survive them.

McEachern C.J.B.C. dissented on two grounds. First, he concluded that the Krangles would have no legal obligation to support Mervyn after he reached age 19 because the definition of "child" in the *Family Relations Act* excludes adult disabled children who have left the "charge" of their parents. "Charge" is equivalent to care. The evidence established that Mervyn would be able to withdraw from the "charge" of his parents and live in a group home, where he would obtain the necessities of life under GAIN. Having established this, McEachern C.J.B.C. turned to the *Family Relations Act*. Since it was clear that Mervyn would qualify for GAIN benefits at age 19, there would be no authority to require him to assign any maintenance rights he might have under the Act. He would have no costs for which he could claim against his parents. The only contingency was whether GAIN benefits would still be available when Mervyn reached his majority and beyond, and this was satisfied by the trial judge's contingency award. McEachern C.J.B.C. added that a moral obligation or willingness to pay for Mervyn's adult care was not enough to impose liability on Dr. Morrill. In response to the argument that Mervyn would be kept in poverty to qualify for benefits, McEachern C.J.B.C. noted that it was unlikely that he would have any assets or that his economic prospects would be prejudiced, and that beneficial interests in assets up to \$100 000 would not disqualify him from GAIN benefits in any event.

soulignant que les tribunaux ordonnaient couramment la création de fiducies en faveur de tiers qui fournissent des services aux demandeurs. La fiducie servirait à protéger les fonds et à garantir que, si Mervyn devait survivre à son père et à sa mère, tous les montants encore inutilisés serviraient à pourvoir à ses besoins.

Le juge en chef McEachern a inscrit sa dissidence sur deux points. En premier lieu, il est arrivé à la conclusion que M. et M^{me} Krangle n'auront aucune obligation légale de subvenir aux besoins de Mervyn lorsque celui-ci aura atteint ses 19 ans puisque la définition d'« enfant » dans la *Family Relations Act* exclut les enfants majeurs handicapés qui ont cessé d'être à la « charge » de leur père et de leur mère. Le fait d'avoir quelqu'un à sa « charge » équivaut à « pourvoir à ses besoins ». La preuve a établi que Mervyn pourrait cesser d'être à la « charge » de son père et de sa mère et aller vivre en foyer de groupe, où l'on subviendrait à ses besoins conformément à la GAIN. Après avoir établi ces fondements, le juge en chef McEachern a examiné la *Family Relations Act*. Puisqu'il ne faisait aucun doute que Mervyn serait admissible à des prestations sous le régime de la GAIN dès l'âge de 19 ans, rien ne l'obligerait à céder un quelconque droit alimentaire que la Loi pourrait lui conférer. Il n'engagerait aucun coût pour lequel il pourrait réclamer une indemnité à son père et à sa mère. Le seul aléa tenait à la question de savoir si Mervyn pourrait encore avoir accès aux prestations prévues par la GAIN après avoir atteint l'âge de la majorité, et le montant accordé par le juge de première instance au titre des aléas a répondu à cette préoccupation. Le juge en chef McEachern a ajouté qu'une obligation morale ou la volonté de pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte ne suffisaient pas à engager la responsabilité du D^r Morrill. En réponse à l'argument selon lequel Mervyn serait contraint à la pauvreté pour assurer son admissibilité aux prestations, le juge en chef McEachern a fait remarquer qu'il était peu probable qu'il acquière des éléments d'actif ou que ses gains économiques futurs soient compromis et que, quoi qu'il en soit, ses intérêts bénéficiaires sur des éléments d'actif jusqu'à concurrence d'une valeur de 100 000 \$ ne le rendraient pas inadmissible aux prestations prévues par la GAIN.

15 Second, McEachern C.J.B.C. was of the view that the amendments to the *Family Relations Act* could not change the trial judgment. Acknowledging the general rule that a new statute does not apply to pending actions in the absence of a contrary intention in the statute, he noted that the difficulty was in identifying the kinds of rights protected by the principle. Where the legislation interferes with the vested rights of a party there is a strong presumption of protection. At the time the proceedings were commenced, Dr. Morrill was not subject to claims by the plaintiffs for future cost of care after Mervyn attained the age of 19 years. He concluded, at para. 74, “that to apply the recently amended provisions to this case would deprive the defendant of a vested right”, and that in the absence of a stipulation that the *Family Relations Act* was intended to trump that right, the Act did not apply.

16 Finally, McEachern C.J.B.C. pointed out difficulties in the trust proposed by the majority and expressed doubt as to its appropriateness.

17 Dr. Morrill appeals to this Court, seeking reinstatement of the trial judgment.

II. Legislation

18 *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, as amended by S.B.C. 1997, c. 20

87 In this Part:

“**child**” includes a person who is 19 years of age or older and, in relation to the parents of the person, is unable, because of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessities of life;

88 (1) Each parent of a child is responsible and liable for the reasonable and necessary support and maintenance of the child.

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, c. 27 (replacing the GAIN legislation), later

En deuxième lieu, le juge en chef McEachern a estimé que les modifications apportées à la *Family Relations Act* ne pouvaient rien changer au jugement de première instance. Reconnaissant la règle générale voulant qu’une loi nouvelle ne s’applique pas aux actions en cours d’instance à moins d’indication contraire, le Juge en chef a fait remarquer que la difficulté était de préciser la nature des droits que ce principe protège. Lorsque la législation touche aux droits acquis d’une partie, il existe une forte présomption en faveur de la protection de ces droits. Au moment où l’action a été introduite, il n’était pas question que les demandeurs réclament au D^r Morrill un montant destiné à pourvoir aux besoins de Mervyn une fois qu’il aurait atteint l’âge de 19 ans. Le Juge en chef a conclu au par. 74 [TRADUCTION] « que si l’on appliquait en l’espèce les dispositions modifiées récemment, le défendeur serait privé d’un droit acquis » et qu’en l’absence d’une disposition précisant que la *Family Relations Act* devait avoir préséance sur ce droit, la Loi ne s’appliquait pas.

Enfin, le juge en chef McEachern a signalé que la fiducie proposée par la majorité comportait certaines difficultés et il a exprimé des doutes quant à sa pertinence.

Le D^r Morrill se pourvoit devant notre Cour pour obtenir le rétablissement du jugement de première instance.

II. Les textes législatifs

Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, mod. par S.B.C. 1997, ch. 20

[TRADUCTION]

87 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

« **enfant** » Y est assimilée une personne âgée de 19 ans ou plus et qui, par rapport à ses parents, ne peut, pour cause notamment de maladie ou d’invalidité, cesser d’être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins;

88 (1) Le père et la mère d’un enfant ont l’obligation de pourvoir aux besoins et aux aliments, légitimes et nécessaires, de leur enfant.

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 27 (qui a remplacé la GAIN), modifiée

amended by S.B.C. 1997, c. 15 (which repealed s. 15(1) and added s. 24.1)

15 (1) A recipient may assign to the government the right to do one or more of the following:

- a) to bring a proceeding under an enactment to
 - (i) obtain a maintenance order entitling the recipient to maintenance for the recipient or a dependent child, or
 - (ii) vary or enforce a maintenance order under which the recipient is the creditor;

24.1 (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations governing the assignment of maintenance rights and the recovery of the amount of income assistance provided in place of maintenance, including the following regulations:

- b) specifying maintenance rights that are to be assigned to the minister, including, but not limited to, any of the following rights:
 - (i) to make an application under an enactment of British Columbia for a maintenance order;

III. Issues

The issue on this appeal is whether the Krangles are entitled to damages for Mervyn's adult care. This raises two subsidiary issues: (1) will they incur costs for Mervyn's adult care on the evidence at trial and the amended *Family Relations Act*? and, (2) if so, is the Court precluded from considering the amendments because they were passed after the trial? In the event it is determined that an award should be made to the Krangles for Mervyn's adult cost of care in addition to the contingency award made at trial, issues of collateral benefits and trust arise.

subséquentement par S.B.C. 1997, ch. 15 (qui a abrogé le par. 15(1) et ajouté l'art. 24.1)

[TRADUCTION]

15 (1) Un prestataire peut céder au gouvernement l'un ou plusieurs des droits suivants :

- a) le droit d'introduire une instance en vertu d'un texte législatif en vue :
 - (i) d'obtenir une ordonnance alimentaire accordant au prestataire des aliments à son profit ou au profit d'un enfant à charge,
 - (ii) de faire modifier ou exécuter une ordonnance alimentaire dont le prestataire est créancier;

24.1 (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre des règlements régissant la cession des droits alimentaires et le recouvrement des montants d'aide sociale versés en remplacement des aliments, notamment aux fins suivantes :

- b) préciser les droits alimentaires qui devront être cédés au ministre, y compris tout droit parmi les suivants :
 - (i) le droit de présenter une demande sous le régime des lois de la Colombie-Britannique, en vue d'obtenir une ordonnance alimentaire;

III. Les questions en litige

La question soulevée en l'espèce est de savoir si M. et M^{me} Krangle ont droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte. Cette question soulève deux questions incidentes : (1) Selon la preuve produite au procès et les modifications apportées à la *Family Relations Act*, devront-ils pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte? (2) Dans l'affirmative, est-il interdit à la Cour de tenir compte des modifications parce qu'elles sont entrées en vigueur après le procès? Dans l'hypothèse où il conviendrait d'accorder une indemnité à M. et M^{me} Krangle pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte, en plus de celle qui leur a été accordée au titre des aléas lors du procès, se poseront les questions des avantages accessoires et de la fiducie.

IV. Analysis

20

The trial judge awarded the Krangles damages for the cost of raising Mervyn to adulthood as well as for the pain, suffering and anguish associated with his birth and his development. These damages are not at issue. We are here concerned only with one item of the damage award — the cost, if any, that the Krangles will incur for Mervyn's adult care.

21

Damages for cost of future care are a matter of prediction. No one knows the future. Yet the rule that damages must be assessed once and for all at the time of trial (subject to modification on appeal) requires courts to peer into the future and fix the damages for future care as best they can. In doing so, courts rely on the evidence as to what care is likely to be in the injured person's best interest. Then they calculate the present cost of providing that care and may make an adjustment for the contingency that the future may differ from what the evidence at trial indicates.

22

The resulting award may be said to reflect the reasonable or normal expectations of what the injured person will require. Jane Stapleton, "The Normal Expectancies Measure in Tort Damages" (1997), 113 *L.Q.R.* 257, thus suggests, at pp. 257-58, that the tort measure of compensatory damages may be described as the "normal expectancies' measure", a term which "more clearly describes the aim of awards of compensatory damages in tort: namely, to re-position the plaintiff to the destination he would normally have reached . . . had it not been for the tort". The measure is objective, based on the evidence. This method produces a result fair to both the claimant and the defendant. The claimant receives damages for future losses, as best they can be ascertained. The defendant is required to compensate for those losses. To award less than what may reasonably be expected to be required is to give

IV. Analyse

Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de Mervyn jusqu'à l'âge adulte ainsi que pour les souffrances, douleurs et angoisses associées à sa naissance et à son développement. Ces dommages-intérêts ne sont pas en cause. Nous n'examinerons en l'espèce qu'un poste des dommages-intérêts octroyés soit les coûts que M. et M^{me} Krangle devront engager, le cas échéant, pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte.

Les dommages-intérêts accordés au titre des besoins futurs reposent sur des prédictions. Personne ne connaît l'avenir. Pourtant, la règle commandant que les dommages-intérêts soient évalués une fois pour toutes au moment du procès (sous réserve de modification en appel) oblige les tribunaux à scruter l'avenir et à fixer de leur mieux les dommages-intérêts relatifs aux besoins futurs. À cette fin, les tribunaux se demandent quels sont, selon la preuve, les besoins de la personne lésée auxquels il faudra pourvoir en tenant compte de son propre intérêt. Ils calculent ensuite ce qu'il en coûte actuellement pour pourvoir à ces besoins et ils peuvent rajuster le montant obtenu pour tenir compte de la possibilité que l'avenir ne soit pas conforme à ce que la preuve présentée lors du procès laissait prévoir.

On peut dire que l'indemnité qui en découle représente les attentes raisonnables ou normales de la personne lésée. Madame Jane Stapleton propose donc de définir le critère applicable au calcul des dommages-intérêts compensatoires en matière délictuelle comme le critère des « attentes normales », expression qui [TRADUCTION] « décrit plus clairement le but que visent les dommages-intérêts compensatoires en matière de responsabilité civile délictuelle : replacer le demandeur dans la situation où il se trouverait normalement [. . .] n'eût été du délit » : « The Normal Expectancies Measure in Tort Damages » (1997), 113 *L.Q.R.* 257, p. 257-258. Il s'agit d'un critère objectif, fondé sur la preuve. Cette méthode produit un résultat équitable à la fois pour le demandeur et le défendeur. Le demandeur obtient des dommages-intérêts au titre de ses pertes futures, selon leur évaluation la

the plaintiff too little and unfairly advantage the defendant. To award more is to give the plaintiff a windfall and require the defendant to pay more than is fair.

This case is unusual in that the claimant is not the person requiring care, but his parents. But the same principles apply. The question is what, on the evidence, is required to put the Krangles in the position they would have been in had it not been for Dr. Morrill's tort, in so far as the law can do so. Applied to the issue of damages for Mervyn's adult care, the question is what is required to indemnify the Krangles for any costs they may incur for that adult care? The Krangles are entitled to be reimbursed for losses they may reasonably be expected to incur on the basis of the evidence and the law, plus an award for the contingency that the projections may not be realized.

The parties to this appeal accept these principles. They differ not on principle, but on what costs the Krangles may reasonably expect to incur for Mervyn's adult care. The appellant says the majority of the Court of Appeal erred in awarding damages for Mervyn's future care for costs which, on the evidence and the law, the Krangles cannot be reasonably expected to incur. The respondents, on the other hand, seek to support the majority's award on the law and the evidence.

It is useful to approach the issue that divides the parties in two stages: first, whether the trial judge erred on the evidence and law as they stood at the time of trial; and second, if not, whether the

plus certaine. Le défendeur est tenu de compenser ces pertes. Accorder une indemnité moindre que le montant nécessaire auquel on peut raisonnablement s'attendre serait accorder trop peu au demandeur en favorisant injustement le défendeur. Accorder une indemnité supérieure serait offrir un cadeau au demandeur et obliger le défendeur à payer plus que ce qui est juste.

La présente affaire est inhabituelle du fait que le demandeur n'est pas la personne aux besoins de laquelle il faudra pourvoir, mais son père et sa mère. Néanmoins, les mêmes principes s'appliquent. Il s'agit de déterminer, selon la preuve versée au dossier, le montant de l'indemnité qu'il faudrait accorder à M. et M^{me} Krangle pour les placer dans la situation où ils se trouveraient n'eût été la faute du D^r Morrill, dans la mesure où la loi peut y parvenir. En ce qui concerne les dommages-intérêts destinés à pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte, il s'agit de déterminer l'indemnité qu'il faudrait accorder à M. et M^{me} Krangle pour tous les frais qu'ils sont susceptibles de supporter pour y pourvoir. M. et M^{me} Krangle ont le droit d'obtenir le remboursement des pertes qu'ils peuvent raisonnablement s'attendre à subir suivant la preuve au dossier et suivant la loi, ainsi qu'une indemnité au titre des aléas, au cas où les prévisions ne se réaliseraient pas.

Les parties au pourvoi acceptent ces principes. Leur désaccord n'a rien à voir avec les principes mais avec les coûts que M. et M^{me} Krangle peuvent s'attendre à supporter pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte. L'appelant dit que les juges formant la majorité à la Cour d'appel ont commis une erreur en accordant des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins futurs de Mervyn alors que, suivant la preuve versée et la loi, M. et M^{me} Krangle ne peuvent raisonnablement s'attendre à engager aucun coût à cet égard. Les intimés, en revanche, invoquent la loi et la preuve pour faire confirmer l'indemnité accordée par les juges majoritaires.

Il est utile d'aborder en deux étapes la question qui oppose les parties : il faut d'abord se demander si le juge de première instance a commis une erreur en regard de la preuve et des textes législatifs

23

24

25

post-trial amendments to the *Family Relations Act* change the Krangles' reasonable expectations.

A. *Whether the Krangles Were Under a Legal Obligation to Support Mervyn After Age 19 at the Time of Trial*

26 All the experts agreed at trial that when Mervyn attains age 19 it will be in his best interests to live in a publicly funded group home. This would give him the greatest sense of independence and well-being and offer the best environment for his development. The trial judge accepted these findings.

27 The next question was whether the Krangles would incur costs for Mervyn's adult care in the group home. At the time of trial, the cost of the group home — \$654 per month — would have been paid for by the province under its welfare scheme, GAIN. This would be so even if the parents had the financial means to pay for it. The province's policy at the time of trial was to treat adult disabled persons as individuals, and absent assets of over \$100 000, or possibly more, pay for the costs of group care through GAIN.

28 The remaining question was whether this arrangement would still be in place when Mervyn reaches age 19. The trial judge concluded that it was very likely that the social safety net would be in place at that time. In his view, there was only a 5 percent chance that the state would change its policy of providing group home care free of charge to adult disabled persons, which would result in additional costs to the Krangles. The trial judge awarded the Krangles a contingency award of \$80 000, or 5 percent of the projected capital cost of adult care for Mervyn, reflecting the 5 percent

en vigueur au moment du procès; dans la négative, il faudra examiner si les modifications apportées à la *Family Relations Act* après le procès changent les attentes raisonnables de M. et M^{me} Krangle.

A. *Monsieur et M^{me} Krangle avaient-ils, au moment du procès, l'obligation légale de subvenir aux besoins de Mervyn une fois qu'il aurait atteint l'âge de 19 ans?*

Au procès, tous les experts se sont entendus pour dire qu'au moment où Mervyn atteindrait l'âge de 19 ans, il serait dans son intérêt de vivre dans un foyer de groupe financé par l'État. Cela lui permettrait de développer un plus grand sens de l'autonomie et un sentiment de bien-être plus profond, et de bénéficier de l'environnement le plus propice à son développement. Le juge de première instance a souscrit à ces conclusions.

La question suivante était de savoir si M. et M^{me} Krangle auraient à supporter des coûts pour pourvoir aux besoins de Mervyn dans le foyer de groupe, lorsqu'il serait adulte. Au moment du procès, les coûts du foyer de groupe — de 654 \$ par mois — auraient été supportés par la province en vertu de son programme d'aide sociale, soit le programme GAIN. Il en aurait été ainsi même si les parents avaient eu les moyens financiers de payer. La politique de la province à l'époque du procès était de considérer les personnes majeures handicapées comme des personnes seules admissibles et de payer les coûts reliés au foyer de groupe par l'entremise du programme GAIN, à condition que la personne en cause ne possède pas d'éléments d'actif d'une valeur dépassant 100 000 \$, ou peut-être plus.

La dernière question était de savoir si cet arrangement serait encore en place lorsque Mervyn atteindrait ses 19 ans. Le juge de première instance a conclu qu'il était fort probable que le filet de sécurité sociale serait toujours en place à ce moment-là. Il a évalué à 5 pour 100 la possibilité que l'État modifie sa politique de gratuité des soins en foyer de groupe pour les personnes adultes handicapées, ce qui occasionnerait, le cas échéant, des frais supplémentaires à M. et M^{me} Krangle. Le juge de première instance leur a accordé une indemnité de 80 000 \$ pour tenir compte de cette possibilité, soit

chance that the benefits would not be fully available in the future.

Viewing the matter as it stood at the time of trial, the trial judge's holding that the Krangles would incur no cost for Mervyn's adult care and \$80 000 contingency award against this possibility cannot be assailed. The findings are fully supported by the evidence and the law. The only question is whether the amendments to the *Family Relations Act* passed after the trial invalidate these conclusions.

B. *The Effect of the Amendments to the Family Relations Act*

The post-trial amendments to the Act raise two broad questions. First, do the changes, assuming they are applicable, alter the situation at trial and raise a probability that the Krangles will incur expenses for Mervyn's adult cost of care? Second, if the amendments have this potential, can the result at trial be changed given their post-trial passage? The first question is relatively straightforward. The second is more complex, raising issues of the doctrines of retroactive and retrospective application of legislation, vested rights and the finality of trial determinations. I therefore propose first to address the question of whether there is potential for the amendments to alter the situation at trial. If the answer to that question is negative, we need not address the complexities of applying post-trial legislation on appeal.

The Court of Appeal was divided on the question of whether the 1997 amendments to the *Family Relations Act* would have made the Krangles responsible for Mervyn's adult care had they been in

5 pour 100 du coût en capital projeté pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte, conformément à la possibilité de 5 pour 100 qu'il n'ait pas pleinement accès aux prestations dans l'avenir.

Si l'on examine l'affaire telle qu'elle se présentait au moment du procès, il n'est possible d'écarter ni la décision du juge de première instance selon laquelle M. et M^{me} Krangle ne supporteraient aucun coût pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte, ni l'indemnité de 80 000 \$ qu'il leur a accordée pour les aléas, au cas où la situation serait différente. La preuve au dossier et la loi étayaient tout à fait les conclusions du juge. La seule question qui nous reste à examiner est donc de savoir si les modifications apportées à la *Family Relations Act* après le procès invalident ces conclusions.

B. *L'effet des modifications à la Family Relations Act*

Les modifications à la Loi entrées en vigueur après le procès soulèvent deux grandes questions. En premier lieu, si l'on présume qu'elles s'appliquent, ces modifications changent-elles la situation qui existait au moment du procès et augmentent-elles la probabilité que M. et M^{me} Krangle aient à supporter des dépenses pour pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte? En deuxième lieu, si ces modifications peuvent entraîner un tel résultat, peuvent-elles modifier l'issue du procès compte tenu de leur entrée en vigueur postérieure au procès? La première question est relativement simple. La deuxième est plus complexe et soulève des points qui touchent aux principes de la rétroactivité et de la rétrospectivité des lois, des droits acquis et du caractère définitif des conclusions tirées au procès. Je propose donc d'examiner tout d'abord la question de savoir s'il existe une possibilité que les modifications changent la situation telle qu'elle se présentait au moment du procès. Dans la négative, nous n'aurons pas à examiner les aspects complexes de l'application, dans le cadre d'un appel, des lois entrées en vigueur après la tenue du procès.

L'opinion des juges de la Cour d'appel était partagée sur la question de savoir si les modifications apportées en 1997 à la *Family Relations Act* auraient imposé à M. et M^{me} Krangle la

29

30

31

force at the time of trial. The majority found that the change to the definition of “child” under s. 87 of the Act extended the legal obligation of parents to care for adult disabled children like Mervyn. McEachern C.J.B.C., dissenting, held that Mervyn would not be caught by the new definition of “child”.

responsabilité de pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte dans l'hypothèse où elles auraient été en vigueur au moment du procès. Les juges formant la majorité ont conclu que la modification apportée à la définition du terme « enfant », à l'art. 87 de la Loi, élargissait l'obligation légale des parents de pourvoir aux besoins de leurs enfants adultes handicapés, comme dans le cas de Mervyn. Le juge en chef McEachern, dissident, a conclu que la nouvelle définition du terme « enfant » ne s'appliquerait pas à Mervyn.

32 I share the view of McEachern C.J.B.C. that the new definition would not operate to catch Mervyn when he turns 19. It is helpful to set out the definition again:

“child” includes a person who is 19 years of age or older and, in relation to the parents of the person, is unable, because of illness, disability or other cause, to withdraw from their charge or to obtain the necessities of life;

It is clear that the new definition imposes responsibility on a parent for care of an adult child in some circumstances. But would it do so in Mervyn's case? McEachern C.J.B.C. held that it would not because, on the evidence, Mervyn would be able to withdraw from the charge of his parents and obtain the necessities of life.

Je partage l'opinion du juge en chef McEachern selon laquelle la nouvelle définition ne viserait pas Mervyn à l'âge de 19 ans. Il est utile de reproduire à nouveau cette définition :

« enfant » Y est assimilée une personne âgée de 19 ans ou plus et qui, par rapport à ses parents, ne peut, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, cesser d'être à leur charge ou subvenir à ses propres besoins;

La nouvelle définition impose clairement au père et à la mère la responsabilité de pourvoir aux besoins de leur enfant adulte dans certaines circonstances. Cependant, aurait-elle cet effet dans le cas de Mervyn? Le juge en chef McEachern a répondu par la négative parce que, suivant la preuve, Mervyn pourrait cesser d'être à la charge de ses parents et subvenir à ses propres besoins.

33 The evidence accepted by the trial judge, to recap, is that upon reaching the age of 19, Mervyn could and should leave his parents' care and enter a group home and the cost of the home would be paid for under GAIN. Nothing in the amended definition of “child” changes that conclusion. The only question is whether leaving his parents' home and entering a group home would constitute withdrawing from the charge of his parents under s. 87.

En résumé, les éléments de preuve retenus par le juge de première instance établissent, d'une part, qu'au moment où Mervyn atteindra l'âge de 19 ans, il pourrait et devrait cesser de compter sur son père et sa mère pour pourvoir à ses besoins et aller vivre en foyer de groupe et, d'autre part, que le coût du foyer de groupe sera couvert par le régime GAIN. La définition modifiée du terme « enfant » ne change en rien cette conclusion. La seule question qui demeure est de savoir si le fait de ne plus habiter chez ses parents et d'aller vivre en foyer de groupe signifierait qu'il a cessé d'être à la charge de ses parents au sens de l'art. 87.

34 In my view, when Mervyn leaves his parents' home and goes to a group home, he will leave his parents' charge. The term “charge” is not defined in the *Family Relations Act* either before or

À mon avis, lorsque Mervyn ne vivra plus chez ses parents et qu'il ira en foyer de groupe, il cessera d'être à la charge de ses parents. La *Family Relations Act* ne définit pas le terme [TRADUCTION]

after the 1997 amendment. In the *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), the term “charge” is defined as including: “care, custody, responsible possession”. *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), defines “charge” to include “[a] person or thing committed to the care of another”. McEachern C.J.B.C. equated “charge” to “care” and on this basis concluded that when Mervyn left his parents’ care for the group home, he would leave their charge. F. L. Woodman, in her article “Financial Obligations of Parents to Adult Disabled Children, Part I” (1997), 17 *Est. Tr. & P. J.* 131, at pp. 140-42, states that “charge” involves an inquiry into whether or not the adult actually lives independently. On this approach, if Mervyn is living in a group home, independent of his parents, he is considered to have withdrawn from their charge. It follows that Mervyn will not fall under the s. 87 definition of “child” when he reaches age 19 and that the *Family Relations Act* could not make his parents responsible for him under s. 88(1).

Against this conclusion, it is argued by counsel for the Krangles that the philosophy underlying the amendments was that the parents’ obligation to support adult disabled children is primary and the state’s obligation secondary. However, this is far from clear. In my opinion, the better view is that the amendments were not aimed at shifting the burden of caring for adult children from the state to parents, but rather with ensuring that in situations where one parent is charged with the care of an adult disabled child, the other parent is obliged to assist. This is supported by the wording of the definition of “child” in s. 87. If the intent was simply to shift the burden from the state to parents, it would have been clearer to state that parents with means are responsible for the care of adult disabled children. Instead, the definition includes the qualification that this is so only when the child has not left the “charge” of the parents. The effect generally is that where in fact

« charge », que ce soit avant ou après l’entrée en vigueur des modifications de 1997. Selon la définition du *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), le mot « charge » (*charge*) comprend : [TRADUCTION] « les soins, la garde, la responsabilité de fait ». Le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990) définit le mot « charge » comme désignant [TRADUCTION] « une personne ou une chose destinée à pourvoir aux besoins d’une autre ». Le juge en chef McEachern a assimilé le fait d’avoir quelqu’un à sa « charge » au fait de « pourvoir à ses besoins » et il a conclu sur cette base qu’au moment où ce ne seraient plus son père et sa mère, mais le foyer de groupe qui pourvoirait aux besoins de Mervyn, il cesserait d’être à la charge de son père et de sa mère. Dans son article intitulé « Financial Obligations of Parents to Adult Disabled Children, Part I » (1997), 17 *Est. Tr. & P. J.* 131, F. L. Woodman indique, aux p. 140-142, que l’expression « charge » exige qu’on détermine si l’adulte vit réellement de façon autonome. Dans cette perspective, si Mervyn vit en foyer de groupe et de façon autonome par rapport à son père et à sa mère, il sera réputé avoir cessé d’être à leur charge. Il s’ensuit que Mervyn ne sera pas inclus dans la définition d’« enfant » énoncée à l’art. 87 lorsqu’il atteindra l’âge de 19 ans et que son père et sa mère ne seront pas responsables de lui au sens du par. 88(1) de la *Family Relations Act*.

À l’encontre de cette conclusion, l’avocat de M. et de M^{me} Krangle a fait valoir que, selon la philosophie qui sous-tend les modifications, l’obligation qui incombe aux parents de subvenir aux besoins de leurs enfants adultes handicapés est une obligation principale et l’obligation de l’État est secondaire. Toutefois, cette conclusion est loin d’être manifeste. À mon avis, l’interprétation la plus juste consiste à considérer que les modifications n’avaient pas pour but de retirer à l’État le fardeau de pourvoir aux besoins des enfants adultes pour le transférer à leurs pères et mères, mais plutôt de faire en sorte que, dans les situations où un enfant adulte handicapé est à la charge de son père ou de sa mère, peu importe celui d’entre eux qui en a la garde, l’autre ait l’obligation de l’aider. Cette opinion est étayée par le libellé de la définition d’« enfant » à l’art. 87. Si l’intention du législateur avait simplement été de décharger l’État de son fardeau pour l’imposer aux

a child cannot leave home and remains a charge or burden on his or her parents, both must contribute equally. On the other hand, where he is or she able to leave the parents' charge, the s. 88 obligation is inapplicable.

pères et mères, il aurait été plus clair d'indiquer que les pères et mères qui en ont les moyens doivent pourvoir aux besoins de leurs enfants adultes handicapés. Au lieu de cela, la définition précise que cette obligation leur incombe seulement lorsque l'enfant n'a pas cessé d'être à leur « charge ». Il en découle généralement que, dans le cas d'un enfant qui dans les faits ne peut quitter le foyer et demeure une charge ou un fardeau pour son père ou sa mère, ils sont tous les deux tenus de fournir une contribution équivalente. Par contre, lorsque l'enfant peut cesser d'être à la charge de son père et de sa mère, l'obligation prévue à l'art. 88 ne s'applique pas.

36

Under s. 1 of the regulations to the *BC Benefits (Income Assistance) Act*, B.C. Reg. 75/97, a “child” is defined as “an unmarried person under 19 years of age”. As well, under s. 78 of the regulations, adult disabled children are not included in any of the categories of individuals who must assign maintenance rights to the Minister by s. 24.1 of the *BC Benefits (Income Assistance) Act*. The fact that there has been no change with respect to the status of adult disabled children in the benefits legislation is a further indication that there is no legislative intention to shift the burden for the care of these individuals to their parents.

À l'article 1 du règlement d'application de la *BC Benefits (Income Assistance) Act*, B.C. Reg. 75/97, l'« enfant » est défini comme [TRADUCTION] « une personne non mariée de moins de 19 ans ». Par ailleurs, suivant l'art. 78 du règlement, les enfants adultes handicapés ne font partie d'aucune des catégories de personnes tenues de céder leurs droits alimentaires au ministre, conformément à l'art. 24.1 de la *BC Benefits (Income Assistance) Act*. Le fait qu'aucun changement n'ait été apporté au statut des enfants adultes handicapés dans les lois qui traitent de l'admissibilité aux prestations d'aide sociale constitue un indice supplémentaire que le législateur n'a pas eu l'intention de transférer le fardeau de pourvoir aux besoins de ces personnes à leurs pères et mères.

37

The legislative debates also support this view. The Attorney General, in speaking to the amendments, said that the changes to the legislation focus on ensuring that non-custodial parents continue support for a child of the marriage in the event of a marriage breakdown. In the debate, the Attorney General pointed out that the intent of the amendments was to bring the Act in line with the *Divorce Act*. He stated:

Les débats législatifs appuient également cette opinion. Au sujet des modifications, le Procureur général a indiqué que les changements apportés à la loi visent essentiellement à faire en sorte que l'obligation alimentaire du père ou de la mère qui n'a pas la garde envers son enfant à charge subsiste en cas de rupture du mariage. Au cours des débats, le Procureur général a souligné que les modifications avaient pour but de faire concorder la Loi avec la *Loi sur le divorce*. Il a dit ce qui suit :

It is simply bringing our legislation in line with the Divorce Act definition, essentially. Yes, if you're *in loco parentis*, whether you are a step-parent or a biological parent or you have adopted the child, you are a parent — and a parent is a parent is a parent, a child is a child is a child. That's what we are trying to do away with. We're trying to do away with categories of parents and catego-

[TRADUCTION] Au fond, il s'agit simplement de faire concorder nos lois avec la définition prévue à la Loi sur le divorce. Ainsi, si vous agissez *in loco parentis*, que vous soyez un beau-parent, ou un parent biologique, ou un parent adoptif, vous êtes parent — un parent sera toujours un parent, et un enfant sera toujours un enfant. Nous essayons de nous débarrasser de tout cela — de

ries of children. We are simply saying that this definition should apply and the definition of the parent should apply for support and maintenance.

(Debates of the Legislative Assembly, 2nd Sess., 36th Parl., July 21, 1997, at pp. 6055-56)

Nor will Mervyn be kept in poverty in order to qualify for benefits under GAIN. First, there appears to be no prospect, other than inheritance, that Mervyn will acquire assets. Second, there appears to be no prospect that he will ever be able to earn money, answering the argument that welfare might discourage him from achievement. Finally, GAIN allows recipients who are accommodated in a special care facility to have up to \$100 000 in assets without disqualification.

Counsel for the Krangles argued that even if the Act does not impose a legal obligation on the Krangles for Mervyn's adult care, they have a moral obligation to care for him, one which loving parents should not be expected to relinquish. This argument raises the question of whether moral obligation, as opposed to legal, suffices to ground an award of damages. Will the law force one person to recompense another for expenditures which are not legally required, but which the other in conscience feels obliged to make? No precedent was cited for this proposition.

Moreover, the basis for the suggested moral obligation seems tenuous in these circumstances. It is the policy of the Province of British Columbia to provide care for disabled adults. This policy is expressly stated in the *BC Benefits (Income Assistance) Act*, which confirms in the preamble that "British Columbians are committed to preserving a social safety net that is responsive to changing social and economic circumstances". When a

nous débarrasser des catégories de parents et des catégories d'enfants. Nous disons simplement que cette définition devrait s'appliquer et que la définition des termes père et mère devrait s'appliquer dans les cas de pension alimentaire.

(Debates of the Legislative Assembly, 2^e sess., 36^e lég., 21 juillet 1997, p. 6055-6056)

Il n'est pas question non plus de contraindre Mervyn à la pauvreté pour le rendre admissible aux prestations du GAIN. Premièrement, il semble impossible que Mervyn acquière des éléments d'actif, autrement que par héritage. Deuxièmement, en réponse à l'argument selon lequel l'aide sociale risque de ne pas encourager Mervyn à devenir autonome, il semble qu'il n'existe aucune possibilité pour lui de gagner un revenu. Enfin, le programme GAIN autorise les prestataires hébergés dans des établissements spécialisés à posséder des éléments d'actif d'une valeur maximale de 100 000 \$ tout en demeurant admissibles.

L'avocat de M. et de M^{me} Krangle a soutenu que même si la Loi ne leur imposait pas l'obligation légale de pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte, ils avaient l'obligation morale d'y pourvoir, et qu'un père ou une mère qui aime son enfant n'est jamais censé renoncer à cette obligation. Cet argument soulève la question de savoir si une obligation morale, par opposition à une obligation légale, constitue un fondement suffisant pour accorder des dommages-intérêts. Les règles de droit peuvent-elles obliger une personne à en rembourser une autre pour des dépenses qu'elle n'est pas légalement tenue d'engager, mais auxquelles elle se croit obligée suivant sa conscience? Aucun précédent jurisprudentiel n'a été cité à l'appui de cet argument.

Par ailleurs, le fondement de l'obligation morale proposée semble fragile dans ces circonstances. La province de la Colombie-Britannique a pour politique de pourvoir aux besoins des personnes adultes handicapées. Cette politique est énoncée expressément dans la *BC Benefits (Income Assistance) Act*, qui confirme dans son préambule qu'il [TRADUCTION] « est crucial pour les Britanno-Colombiens de préserver un filet de

38

39

40

disabled person becomes an adult, the burden of his or her care shifts from the parents to society as a whole, and it is accepted as fair and just that the continued burden of care of disabled adults should be spread over society generally. At one time, it may well have been the moral responsibility of parents to care for a disabled child for as long as they lived. But for some decades now, that moral responsibility has shifted to British Columbia society as a whole, as expressed by legislation enacted and preserved by successive governments. No evidence was presented for the proposition that it is shameful or wrong for parents to accept the benefits provided by the government which allow adult disabled children to be cared for under the social security network of the state. Great as social and medical progress may be, disability will inevitably strike some members of society, randomly and irrationally. It is not immoral for a society to say that when this happens, the burden will not be confined to the individual and his family, but will be shared by society as a whole.

sécurité sociale adapté aux situations sociales et économiques changeantes ». Lorsqu'une personne handicapée devient adulte, l'obligation de pourvoir à ses besoins n'incombe plus à son père et à sa mère, mais à l'ensemble de la société, et le fait que le fardeau permanent de pourvoir aux besoins des adultes handicapés soit supporté par l'ensemble de la société en général est considéré équitable et juste par la société. À une certaine époque, le père et la mère avaient sans doute la responsabilité morale de pourvoir aux besoins de leur enfant handicapé tout au long de sa vie. Mais depuis quelques décennies, c'est l'ensemble de la société de la Colombie-Britannique qui l'assume, comme en font foi les lois édictées et maintenues par les gouvernements successifs. Aucune preuve n'a été présentée pour étayer la proposition selon laquelle il est immoral et inadmissible que les parents acceptent les avantages offerts par le gouvernement, grâce auxquels c'est le réseau de sécurité sociale de l'État qui pourvoit aux besoins de leurs enfants adultes handicapés. Même avec les progrès fulgurants réalisés dans les domaines social et médical, il y aura toujours certains membres de la société qui souffriront d'un handicap, sans qu'on puisse prévoir ni expliquer qui sera frappé. Lorsque cela se produit, il n'est pas immoral que la société choisisse de ne pas en faire porter le poids uniquement par la personne en cause et par sa famille, mais plutôt de le faire partager par l'ensemble de la société.

41 The same holds for the argument that to accept the benefits of the social security network will stigmatize Mervyn and his parents. British Columbia has, on the evidence, adopted a policy of caring for all disabled adults at state expense, unless they personally have assets greater than \$100 000. There was no evidence presented suggesting that there is stigma in accepting the incidents of that policy. There are good social arguments for freeing families from the continued burden of supporting disabled adults and caring for such adults through state-financed programs. Acceptable standards of care are made available to all, regardless of means. The independence of both the family and the disabled individual are enhanced. To participate in this scheme is not

Le même raisonnement s'applique à l'argument selon lequel Mervyn ainsi que son père et sa mère seront stigmatisés s'ils acceptent les avantages offerts par le réseau de sécurité sociale. Selon la preuve versée au dossier, la Colombie-Britannique a pour politique de pourvoir aux besoins de tous les adultes handicapés aux frais de l'État, à moins que ceux-ci ne possèdent en leur nom propre des éléments d'actif valant plus de 100 000 \$. Rien dans la preuve ne donne à penser qu'il est mal vu d'accepter les avantages rattachés à cette politique. Sur le plan social, de bons arguments justifient que les familles soient libérées du fardeau constant de pourvoir aux besoins des personnes adultes handicapées et qu'il y soit pourvu au moyen de programmes financés par l'État. Chacun peut avoir accès à un niveau

shameful. Hence there is a total absence of evidence in this case of stigma associated with group care under the GAIN program.

For these reasons, I conclude that the majority of the Court of Appeal erred in holding that the *Family Relations Act*, taken at face value, will impose an obligation on the Krangles to care for Mervyn when he becomes an adult. I agree with McEachern C.J.B.C. that the cost of Mervyn's care in a group home will be fully met by the social security program in force in British Columbia. The amendments to the Act do not change the situation from what it was at trial.

Of course there remains a possibility that the law will again be changed, this time in a way that makes the Krangles responsible in whole or in part for Mervyn's adult care. There is no reason, however, to suppose that this possibility is greater than the 5 percent determined by the trial judge. The provision of care for adult disabled persons by the state appears to be a constant feature of Canadian social policy; certainly this is so in British Columbia. The contingency award made by the trial judge provides adequate security against the possibility of change.

This conclusion makes it unnecessary to consider whether the amendment to the Act passed after the trial should be considered and whether a trust for adult care damages could be imposed. It also renders moot the issue of whether social security benefits must be disregarded as "collateral benefits".

acceptable de soins, sans égard à ses moyens financiers. L'autonomie de la famille et celle de la personne handicapée sont toutes deux accrues. Il n'y a aucune honte à participer à ce programme. D'où l'absence totale de preuve, en l'espèce, d'une stigmatisation rattachée au fait qu'un foyer de groupe pourvoit aux besoins de quelqu'un en vertu du programme GAIN.

Pour ces motifs, je conclus que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en décidant que la *Family Relations Act*, à première vue, imposera à M. et M^{me} Krangle l'obligation de pourvoir aux besoins de Mervyn quand il deviendra adulte. Je souscris à l'opinion du juge en chef McEachern selon laquelle les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de Mervyn dans un foyer de groupe seront entièrement couverts par le programme de sécurité sociale en vigueur en Colombie-Britannique. Les modifications apportées à la Loi ne changent en rien la situation qui existait au moment du procès.

Certes, il est toujours possible que la loi soit encore modifiée, cette fois de manière à rendre M. et M^{me} Krangle entièrement ou partiellement responsables de pourvoir aux besoins de Mervyn à l'âge adulte. Toutefois, il n'existe aucune raison de croire que cette possibilité est supérieure au niveau de 5 pour 100 fixé par le juge de première instance. Le fait que l'État pourvoit aux besoins des personnes adultes handicapées est apparemment une constante de la politique sociale canadienne; la Colombie-Britannique n'y échappe assurément pas. L'indemnité que le juge de première instance a accordée au titre des aléas procure une sécurité adéquate pour faire face aux changements susceptibles de survenir.

Compte tenu de cette conclusion, il est inutile de décider s'il y a lieu de tenir compte des modifications apportées à la Loi après le procès ni s'il convient d'ordonner la création d'une fiducie pour les dommages-intérêts accordés au titre des besoins à l'âge adulte. Cette conclusion rend également théorique la question de savoir s'il faut faire abstraction des prestations de sécurité sociale relativement à la question des « avantages accessoires ».

42

43

44

V. Conclusion

45

I would allow the appeal with costs and affirm the trial judgment.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Laxton & Company, Vancouver.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de confirmer la décision de première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs des intimés : Laxton & Company, Vancouver.

**Ka Lam Law, Kam Sun Chan and
2821109 Canada Inc. Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General for Ontario Intervener

INDEXED AS: R. v. LAW

Neutral citation: 2002 SCC 10.

File No.: 27870.

2001: October 4; 2002: February 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE NEW BRUNSWICK COURT
OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exclusion of evidence — Safe containing business documents revealing alleged GST violations by accused stolen from accused's place of business — Safe recovered by police — Police officer not involved in theft investigation but suspecting accused of tax evasion photocopying documents and forwarding them to tax authorities — Whether photocopying of documents constituted unreasonable search or seizure — Whether photocopied documents admissible as evidence of Excise Tax Act violations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

A locked safe belonging to the accused was reported stolen and then recovered, open, in a field. The police conducted an investigation of the theft. Before the safe was returned to the accused, an officer, not involved in the investigation of the theft but who suspected the accused of tax violations, photocopied some financial documents found in the safe without obtaining a warrant and eventually forwarded the photocopies to Revenue

**Ka Lam Law, Kam Sun Chan et
2821109 Canada Inc. Appelants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général de l'Ontario Intervenant

RÉPERTORIÉ : R. c. LAW

Référence neutre : 2002 CSC 10.

N° du greffe : 27870.

2001 : 4 octobre; 2002 : 7 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Exclusion d'éléments de preuve — Vol à l'établissement des accusés d'un coffre-fort contenant des documents de nature commerciale révélant de présumées infractions en matière de TPS de la part des accusés — Coffre-fort retrouvé par la police — Policier ne participant pas à l'enquête sur le vol mais soupçonnant les accusés de fraude fiscale a photocopié des documents et a transmis les photocopies au fisc — La photocopie des documents constitue-t-elle une fouille, perquisition ou saisie abusive? — Les photocopies sont-elles admissibles en tant que preuve de violations de la Loi sur la taxe d'accise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

On a signalé le vol d'un coffre-fort appartenant aux accusés, qui a été ensuite retrouvé, ouvert, dans un champ. La police a fait enquête sur le vol. Avant que le coffre ne soit rendu aux accusés, un policier ne participant pas à l'enquête sur le vol mais soupçonnant ces derniers de fraudes fiscales a photocopié, sans mandat, certains documents de nature financière s'y trouvant et a par la suite transmis les photocopies à Revenu Canada.

Canada. The Crown brought summary conviction proceedings against the accused under the *Excise Tax Act* for contraventions of the reporting requirements and of the obligation to remit taxes. The Crown requested that the photocopied documents be admitted into evidence. The trial judge ruled that the photocopying of the documents was an unreasonable search under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and excluded the photocopies under s. 24(2) of the *Charter*. Since the Crown did not adduce any further evidence, the trial judge acquitted the accused of all charges. The Court of Queen's Bench upheld the trial judge's decision to exclude the evidence. The majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal. At issue is whether the photocopied evidence, which revealed alleged GST violations on the part of the accused, ought to be excluded.

Held: The appeal should be allowed.

Police conduct interfering with a reasonable expectation of privacy constitutes an unreasonable search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. Where an individual abandons his property, he effectively abandons his privacy interest in it. However, the mere fact that police recover lost or stolen property is insufficient to support an inference that the owner voluntarily relinquished his expectation of privacy in the item. In this case, the accused retained a residual, but limited, reasonable expectation of privacy in the contents of their stolen safe. The existence of a residual privacy interest does not undermine the police's obligation to investigate the theft of a stolen item, or to carry out whatever law enforcement responsibility is reasonably associated with its taking. The police's taking of the accused's safe was restricted to the investigation of the theft and did not extend to the pursuit of totally unrelated hunches. Further, to the extent the officer was driven by another law enforcement objective, namely, investigation of GST violations, he lacked reasonable and probable grounds to seize the property of the accused, i.e. the papers contained in the safe. The search was unreasonable as none of the recognized exceptions to the warrant requirement was satisfied. Furthermore, the search was not conducted by an "authorized person" under the *Excise Tax Act*, rendering the statutory defence under that Act unavailable.

Le ministère public a, en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, intenté des procédures sommaires contre les accusés relativement à des contraventions aux exigences de déclaration et à l'obligation de remettre les taxes. Le ministère public a demandé que les photocopies soient admises en preuve. Le juge de première instance a conclu que la photocopie des documents constituait une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a écarté les photocopies en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme le ministère public n'a présenté aucun autre élément de preuve, le juge de première instance a acquitté les accusés de toutes les accusations. La Cour du Banc de la Reine a confirmé la décision du juge de première instance d'écarter les éléments de preuve. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel du ministère public. Il s'agit de déterminer si les éléments de preuve que constituent les photocopies et qui révèlent de présumées infractions en matière de TPS de la part des accusés devraient être écartés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La conduite policière portant atteinte à une attente raisonnable en matière de vie privée est une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'une personne abandonne ses biens, elle renonce en fait à son droit à la vie privée à leur sujet. Toutefois, la simple récupération par la police des biens perdus ou volés ne suffit pas pour conclure que le propriétaire a volontairement renoncé à son attente à la préservation de leur caractère confidentiel. En l'espèce, les accusés ont conservé une attente raisonnable résiduelle, mais limitée, quant à la préservation du caractère confidentiel du contenu de leur coffre volé. L'existence d'un droit résiduel à la vie privée ne diminue en rien l'obligation qu'a la police d'enquêter sur le vol d'un objet ou de s'acquitter de toute responsabilité, en matière d'application de la loi, raisonnablement liée à l'enlèvement de cet objet. La prise de possession du coffre-fort des accusés par la police pouvait servir uniquement à enquêter sur le vol, et ne pouvait servir à confirmer des intuitions n'ayant absolument aucun rapport. De plus, dans la mesure où le policier visait un autre objectif d'application de la loi, à savoir enquêter sur des infractions en matière de TPS, il n'avait aucun motif raisonnable et probable de saisir les biens des accusés, à savoir les documents se trouvant dans le coffre. La fouille était abusive étant donné qu'aucune des conditions d'application des exceptions reconnues à l'exigence d'obtention d'un mandat n'a été remplie. En outre, la fouille n'a pas été effectuée par une « personne autorisée » au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, de sorte qu'on ne peut pas invoquer un moyen de défense autorisé par la loi.

The evidence should be excluded. Although admitting the evidence would not affect the fairness of the trial (it being real, discoverable, non-conscripted evidence), and excluding the evidence would compromise the Crown's case, the resolution of the inquiry under s. 24(2) turns on whether the violation of s. 8 is so serious that it outweighs the State's interest in admitting the evidence. The officer's approach, behaviour and disrespect for regular police procedures combined with his failure to leave responsibility for the investigation to taxation authorities when that option was available rendered his conduct sufficiently serious to exclude the photocopied documents. This factor must, however, be weighed against the quasi-criminal nature of the offence and the fact that it was proceeding summarily. The administration of justice would suffer greater disrepute from the admission of the evidence than from its exclusion.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; **referred to:** *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *United States v. Procopio*, 88 F.3d 21 (1996); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Spinelli* (1995), 101 C.C.C. (3d) 385; *United States v. Sunlin*, 909 F.2d 1218 (1990); *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *United States v. O'Bryant*, 775 F.2d 1528 (1985); *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 288 [ad. 1990, c. 45, s. 12], 327.

Authors Cited

Canada. Report of a Task Force Established Jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (2000), 225 N.B.R. (2d) 85, 578 A.P.R. 85, [2000] G.S.T.C. 37, 2001 D.T.C. 5656,

Les éléments de preuve devraient être écartés. Même si leur utilisation ne porterait pas atteinte à l'équité du procès (vu qu'ils sont matériels et susceptibles d'être découverts et qu'ils n'ont pas été obtenus par mobilisation des accusés contre eux-mêmes) et que leur exclusion pourrait compromettre la preuve du ministère public, la résolution de la question du par. 24(2) repose sur la question de savoir si la violation de l'art. 8 est suffisamment grave pour l'emporter sur l'intérêt de l'État à ce que la preuve soit admise. Les méthodes et le comportement du policier ainsi que son inobservation des procédures policières normales, en plus de son défaut de laisser le fisc se charger de l'enquête lorsqu'il aurait pu le faire, ont rendu sa conduite suffisamment grave pour que les photocopies soient écartées. Il faut toutefois soulever ce facteur par rapport à la nature quasi criminelle de l'infraction et au fait qu'elle était l'objet d'une procédure sommaire. L'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait leur exclusion.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *United States c. Procopio*, 88 F.3d 21 (1996); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332; *R. c. Spinelli* (1995), 101 C.C.C. (3d) 385; *United States c. Sunlin*, 909 F.2d 1218 (1990); *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *United States c. O'Bryant*, 775 F.2d 1528 (1985); *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 288 [aj. 1990, ch. 45, art. 12], 327.

Doctrine

Canada. Rapport du Groupe de travail établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 3rd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 85, 578 A.P.R. 85, [2000] G.S.T.C. 37, 2001 D.T.C.

[2000] N.B.J. No. 76 (QL), reversing a judgment of the Court of Queen's Bench (1998), 204 N.B.R. (2d) 191, 520 A.P.R. 191, [1998] G.S.T.C. 111, 2001 D.T.C. 5661, [1998] N.B.J. No. 347 (QL), affirming a decision of the Provincial Court. Appeal allowed.

Éric J. Doiron and Michel C. Léger, for the appellants.

Bernard Laprade and François Lacasse, for the respondent.

W. Graeme Cameron, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

1 BASTARACHE J. — A locked safe belonging to the appellants was reported stolen and then recovered, opened, in a field in Moncton, New Brunswick. The police conducted an investigation of the theft and, in the course of its investigation, placed the safe in an exhibit room. Before the safe was returned to the appellants, an officer who suspected the appellants of tax violations retrieved the safe, photocopied some financial documents inside and eventually forwarded the photocopies to Revenue Canada. At issue is whether the photocopied evidence, which revealed alleged GST violations on the part of the appellants, ought to be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in summary proceedings under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15. I conclude the evidence ought to be excluded.

I. Factual Background

2 The appellants Law and Chan are the directors of the appellant corporation 2821109 Canada Inc. ("the company"). In 1992, the company began operating a Moncton restaurant, Fu Lam City. A break and enter occurred at the restaurant on October 31, 1993, following which the police were notified of a missing safe. The safe was recovered by the local RCMP after two individuals reported seeing it open and abandoned in a field. It contained a number of documents related to the restaurant,

5656, [2000] A.N.-B. n° 76 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1998), 204 R.N.-B. (2^e) 191, 520 A.P.R. 191, [1998] G.S.T.C. 111, 2001 D.T.C. 5661, [1998] A.N.-B. n° 347 (QL), qui avait confirmé une décision de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Éric J. Doiron et Michel C. Léger, pour les appelants.

Bernard Laprade et François Lacasse, pour l'intimée.

W. Graeme Cameron, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE — On a signalé le vol d'un coffre-fort appartenant aux appelants, qui a été ensuite retrouvé, ouvert, dans un champ à Moncton (Nouveau-Brunswick). La police a fait enquête sur le vol et, au cours de l'enquête, a mis le coffre dans une salle de pièces à conviction. Avant qu'il ne soit rendu aux appelants, un policier soupçonnant ces derniers de fraudes fiscales a sorti le coffre, a photocopié certains documents de nature financière s'y trouvant et a par la suite transmis les photocopies à Revenu Canada. Il s'agit de déterminer si les éléments de preuve que constituent les photocopies et qui révèlent de présumées infractions en matière de TPS de la part des appelants devraient être écartés, suivant le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans le cadre des procédures sommaires intentées en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15. Je conclus que ces éléments de preuve devraient être écartés.

I. Les faits

Les appelants Law et Chan sont les administrateurs de la société appelante 2821109 Canada Inc. (la « société »). En 1992, celle-ci a commencé à exploiter un restaurant à Moncton, Fu Lam City. Par suite d'une introduction par effraction dans le restaurant le 31 octobre 1993, la disparition d'un coffre-fort est signalée à la police. Les agents locaux de la GRC retrouvent le coffre après que deux personnes ont indiqué l'avoir vu ouvert et abandonné dans un champ. Il contenait des documents ayant

such as chequebooks and a ledger that tracked disbursements.

The safe and its contents were entrusted to Constable Michael White, a member of the Forensic Investigation Section of the Moncton Police Force. White completed fingerprinting tests on November 1 and found no identifiable prints. The documents were released to the appellants two weeks later, after repeated inquiries as to whether and when they would be returned.

In the meantime, an officer not involved in the investigation, Paul Desroches, expressed an interest in Constable White's investigation. Corporal Desroches worked for the Criminal Intelligence Unit of the Moncton Police Force; he had been suspicious of the appellants from shortly after the restaurant's opening. He testified that his suspicions of wrongdoing were not substantiated, but that he had "a gut feeling" that they were not submitting all their taxes and that he "didn't know what [he] was gonna find". Prior to the break and enter, Corporal Desroches had copied down the licence plate numbers of several patrons' vehicles. He was keeping information in relation to a file named "Asian Crimes" and inquired with Revenue Canada as to whether the restaurant's taxes had been paid. He was told by Revenue Canada that there was nothing irregular about the restaurant's operations.

The day White completed his fingerprinting tests, Desroches learned of the break and enter and heard the police had possession of the appellants' safe. He told White he was interested in looking at the documents inside and, out of "curiosity", accompanied another constable to the restaurant site. He also conducted a cursory examination of the documents, many of which contained "Chinese characters" and were unintelligible to him. Desroches proceeded to ask Crown counsel if he could photocopy the recovered documents; it is unclear whether he disclosed his reasons for wanting to do so. Based on the Crown's advice, Desroches took the documents from forensics and photocopied them over the course of two days. He kept several copies for

trait au restaurant, comme des chéquiers et un registre des dépenses.

L'agent Michael White, de la section d'enquête médico-légale du service de police de Moncton, se voit confier le coffre et son contenu. White termine les tests de dactyloscopie le 1^{er} novembre et ne trouve aucune empreinte identifiable. Les documents sont remis aux appelants deux semaines plus tard, après que ceux-ci ont demandé à plusieurs reprises s'ils leur seraient rendus et quand ils le seraient.

Entre-temps, un policier ne participant pas à l'enquête de l'agent White, Paul Desroches, fait savoir qu'il s'y intéresse. Le caporal Desroches, qui travaille pour l'unité du renseignement criminel du service de police de Moncton, a commencé à soupçonner les appelants peu après l'ouverture du restaurant. Il témoigne, d'une part, que ses soupçons ne s'appuient sur aucune preuve mais qu'il a [TRADUCTION] « la forte impression » qu'ils ne remettent pas toutes leurs taxes et, d'autre part, qu'il [TRADUCTION] « ne savait pas ce qu'il allait trouver ». Avant l'introduction par effraction, le caporal Desroches a noté les numéros d'immatriculation des véhicules de plusieurs clients. Il a recueilli des renseignements sur le dossier [TRADUCTION] « Crimes asiatiques » et a demandé à Revenu Canada si les taxes du restaurant avaient été payées. Revenu Canada lui a répondu que le restaurant était en règle.

Le jour où White a terminé les tests de dactyloscopie, Desroches apprend qu'il y a eu introduction par effraction et que la police est en possession du coffre des appelants. Il dit à White que cela l'intéresse d'examiner les documents qui s'y trouvent et, [TRADUCTION] « par curiosité », accompagne un autre agent au restaurant. Il se livre aussi à un examen rapide des documents, dont bon nombre contiennent des « caractères chinois » et sont incompréhensibles pour lui. Il demande à l'avocat du ministère public s'il peut photocopier les documents retrouvés, mais on ne sait pas s'il lui a révélé les raisons de cette demande. Sur le conseil de cet avocat, il sort les documents de la section médico-légale et les photocopie dans les deux

3

4

5

himself and placed the ledger, along with the other original documents, in a box in an exhibit room. No steps were taken to obtain a search warrant, nor to ask the appellants for their permission to copy the documents.

6 After making the photocopies, Desroches twice contacted an investigator with Revenue Canada, Don Duguay, to offer him copies of the documents. On November 8, Duguay came to the station to meet with Desroches, who took the box of documents out of the exhibit room without signing for it; he testified that this irregularity in procedure was not improper because the documents consisted of “found property” that was not truly an exhibit *per se*. Constable White remained ignorant of the movement of the items; contrary to normal police procedures, no entries were ever made in the “movement of exhibits” record.

7 Based on information contained in the documents, Revenue Canada investigators searched the appellants’ restaurant in May 1994. Subsequently, pursuant to s. 327 of the *Excise Tax Act*, summary conviction proceedings were brought against the appellants for eight separate contraventions of the reporting requirements in s. 238 and of the obligation to remit taxes in Part IX (Goods and Services Tax). The respondent requested that the photocopied documents be admitted into evidence in support of conviction. After conducting a *voir dire*, the Provincial Court judge ruled that the photocopying of the documents was an unreasonable search under s. 8 of the *Charter* and excluded the photocopies under s. 24(2) of the *Charter*. The respondent advised that it would not present any further evidence, and the judge acquitted the appellants of all charges.

8 The trial judge’s decision on the *voir dire* was upheld by Godin J. at the Court of Queen’s Bench. The Crown appealed again to the New Brunswick Court of Appeal, and a majority of the court (Larlee

jours qui suivent. Il en garde plusieurs copies et met le registre ainsi que les autres originaux dans une boîte, qu’il laisse dans une salle de pièces à conviction. Il n’a entrepris aucune démarche pour obtenir un mandat de perquisition et n’a pas demandé non plus aux appelants la permission de photocopier les documents.

Après avoir fait les photocopies, Desroches communique à deux reprises avec un enquêteur de Revenu Canada, Don Duguay, pour lui offrir des copies des documents. Le 8 novembre, Duguay se rend au poste pour rencontrer Desroches, qui sort la boîte de documents de la salle des pièces à conviction sans signer le registre approprié; il témoigne que cette irrégularité de procédure n’est pas illégitime puisqu’il s’agit d’un [TRADUCTION] « bien trouvé » et non vraiment d’une pièce à conviction en soi. L’agent White n’a pas été mis au courant du déplacement des objets; contrairement aux procédures policières normales, aucune inscription n’a été faite sur la feuille intitulée « movement of exhibits ».

À partir des renseignements contenus dans les documents, les enquêteurs de Revenu Canada perquisitionnent le restaurant des appelants en mai 1994. S’appuyant sur l’art. 327 de la *Loi sur la taxe d’accise*, Revenu Canada intente par la suite des procédures sommaires contre les appelants relativement à huit différentes contraventions aux exigences de déclaration prescrites par l’art. 238 et à l’obligation de remettre les taxes prévues dans la partie IX (Taxe sur les produits et services). L’intimée demande que les photocopies soient admises en preuve à l’appui d’une déclaration de culpabilité. Après avoir tenu un voir-dire, le juge de la Cour provinciale conclut que la photocopie des documents constitue une fouille abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte* et écarte les photocopies en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L’intimée l’avise qu’elle ne présenterait aucun autre élément de preuve, et le juge acquitte les appelants de toutes les accusations.

Le juge Godin, de la Cour du Banc de la Reine, confirme la décision du juge de première instance sur le voir-dire. Le ministère public interjette appel de nouveau devant la Cour d’appel du

and Ryan J.J.A.) allowed the appeal. In their view, s. 8 of the *Charter* was not infringed and there was no need to consider the exclusion of evidence under s. 24(2). Rice J.A. dissented, paying considerable deference to the lower court findings. The appellants seek to restore the decision of the trial judge.

II. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15

288. (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Part, inspect, audit or examine the documents, property or processes of a person that may be relevant in determining the obligations of that or any other person under this Part or the amount of any rebate or refund to which that or any other person is entitled and, for those purposes, the authorized person may

(a) subject to subsection (2), enter any premises or place where any business or commercial activity is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or commercial activity or any documents are or should be kept; and

(b) require the owner or manager of the property, business or commercial activity and any other person on the premises or in the place to give to the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Part and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

(2) Where any premises or place referred to in paragraph (1)(a) is a dwelling-house, an authorized person

Nouveau-Brunswick, et les juges majoritaires de la cour (les juges Larlee et Ryan) accueillent l'appel. D'après eux, il n'y a pas eu atteinte à l'art. 8 de la *Charte* et il n'y a pas lieu d'examiner la possibilité d'écarter les éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Dissident, le juge Rice fait preuve d'une très grande retenue à l'égard des conclusions de la cour de première instance. Les appelants cherchent à faire rétablir la décision du juge de première instance.

II. 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 la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15

288. (1) Une personne autorisée peut, en tout temps raisonnable, pour l'application ou l'exécution de la présente partie, inspecter, vérifier ou examiner les documents, les biens ou les procédés d'une personne, dont l'examen peut aider à déterminer les obligations de celle-ci ou d'une autre personne selon la présente partie ou son droit à un remboursement. À ces fins, la personne autorisée peut :

a) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est exercée une activité commerciale, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou une activité commerciale ou sont tenus, ou devraient l'être, des documents;

b) requérir le propriétaire ou gérant du bien, de l'entreprise ou de l'activité commerciale ainsi que toute autre personne présente sur le lieu de lui donner toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application ou à l'exécution de la présente partie et, à cette fin, requérir le propriétaire ou le gérant de l'accompagner sur le lieu.

(2) Lorsque le lieu mentionné à l'alinéa (1)a) est une maison d'habitation, une personne autorisée ne peut y

may not enter that dwelling-house without the consent of the occupant, except under the authority of a warrant issued under subsection (3).

III. Judicial History

10

At the *voir dire*, McKee Prov. Ct. J. had no difficulty concluding the photocopies made by Corporal Desroches constituted a “search” within the meaning of s. 8 of the *Charter*. After noting the search was conducted without a warrant, he went on to consider whether the search was otherwise authorized by law. In his view, the only other source of authorization was s. 288 of the *Excise Tax Act*, which only authorized specific persons to conduct searches. As Corporal Desroches was neither an inspector nor the Minister under that Act, and as the search was not related to the investigation of the theft of the safe, no authorization existed. McKee Prov. Ct. J. also declined to apply the “plain view” doctrine, noting that while the police were lawfully situated when the search took place, the photocopies were neither discovered inadvertently nor immediately evident to Corporal Desroches. He also noted that neither the appellants’ consent nor exigent circumstances could rebut the presumption of unreasonableness. At the Court of Queen’s Bench, Godin J. upheld these findings: (1998), 204 N.B.R. (2d) 191.

11

Both McKee Prov. Ct. J. and Godin J. would have excluded the photocopied evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Although the latter concluded the evidence was not conscriptive under the first branch of *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, he remarked that “the police took advantage of a criminal act perpetrated against the respondents — i.e., the break and enter in the restaurant and the theft of the safe — to gather evidence that would not otherwise have come to their attention” (para. 16). In that sense, the fairness of the trial would be affected, he held. McKee Prov. Ct. J. did not make such a finding; nevertheless, he held that the *Charter* violation was, in light of all the circumstances, [TRANSLATION] “sufficiently serious” to justify excluding the evidence under s. 24(2). Citing Corporal Desroches’s approach, behaviour and disregard

pénétrer sans la permission de l’occupant, à moins d’y être autorisée par un mandat décerné en application du paragraphe (3).

III. Historique des procédures judiciaires

Au *voir-dire*, le juge McKee, de la Cour provinciale, conclut sans hésitation que les photocopies faites par le caporal Desroches constituent une « fouille » au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Après avoir souligné que la fouille avait été effectuée sans mandat, il se demande si elle est autorisée par d’autres dispositions législatives. D’après lui, la seule autre source d’autorisation est l’art. 288 de la *Loi sur la taxe d’accise*, qui permet seulement aux personnes autorisées d’effectuer des fouilles. Puisque le caporal Desroches n’est ni un inspecteur ni le ministre aux termes de cette loi et que la fouille n’est pas liée à l’enquête sur le vol du coffre-fort, il n’existe aucune autorisation légale. Le juge McKee refuse également d’appliquer la théorie des « objets bien en vue », faisant valoir que, même si la police agissait légalement lors de la fouille, les photocopies n’ont pas été découvertes par inadvertance et elles n’étaient pas un élément de preuve manifeste aux yeux du caporal Desroches. Il souligne en outre que ni le consentement des appelants ni l’urgence de la situation ne peuvent écarter la présomption d’abus. À la Cour du Banc de la Reine, le juge Godin confirme ces conclusions : (1998), 204 R.N.-B. (2^e) 191.

Les juges McKee et Godin sont tous deux d’avis d’écarter, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve que constituent les photocopies. Même si ce dernier conclut que la preuve n’a pas été obtenue par mobilisation des accusés contre eux-mêmes suivant le premier volet de *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, il fait remarquer que « les policiers ont pris avantage d’un acte criminel qui avait été perpétré contre les intimés, soit l’entrée par effraction dans le restaurant et le vol du coffre-fort, pour recueillir des éléments de preuve qui ne seraient pas venus à l’attention de la police » (par. 16). Il juge qu’en ce sens, l’équité du procès en souffrirait. Le juge McKee ne tire pas une telle conclusion, mais il estime que, selon les circonstances, la violation de la *Charte* est « suffisamment sérieu[se] » pour justifier l’exclusion de la preuve

for normal police procedures, McKee Prov. Ct. J. concluded that to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

In the Court of Appeal ((2000), 225 N.B.R. (2d) 85), the majority focused on whether the appellants had a reasonable expectation of privacy in the safe such that s. 8 would be triggered. In their view, any such expectation disappeared once the safe was stolen and fell into the hands of the police (at para. 10):

[TRANSLATION] In my opinion, once the documents have fallen into the hands of the thieves and other individuals, the respondents' reasonable expectation of privacy no longer existed.

Having found no expectation of privacy, the majority felt it unnecessary to consider whether the alleged "search" was conducted in a reasonable manner. That said, they were of the view that the police's conduct was reasonable. The fact that the investigation of the theft had been initiated by the accused, combined with the fact that the police were legally in possession of the safe when it was opened, persuaded them that Corporal Desroches had the right to photocopy its contents. The majority also concluded that Corporal Desroches acted in good faith throughout the investigation. Because of this, he was authorized to take his investigation of the safe beyond that which was required by its theft. In light of its conclusion that there was no breach of s. 8 of the *Charter*, the majority of the Court of Appeal did not consider s. 24(2).

Rice J.A. dissented, holding that the police's legal possession of the safe did not authorize them to examine and photocopy its contents. In his view, the appellants retained a privacy interest in those contents and, more particularly, did not relinquish any interest in their confidentiality. Rice J.A. therefore would have found a s. 8 violation. With respect to s. 24(2), Rice J.A. noted that an appellate court should not lightly interfere with a trial judge's discretion to

en vertu du par. 24(2). Citant les méthodes et le comportement du policier Desroches ainsi que son inobservation des procédures policières normales, le juge McKee conclut que l'utilisation de la preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

À la Cour d'appel ((2000), 225 R.N.-B. (2^e) 85), les juges majoritaires portent principalement leur attention sur la question de savoir si les accusés ont, à l'égard du coffre-fort, une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée de nature à entraîner l'application de l'art. 8. Selon eux, toute attente en ce sens disparaît dès que le coffre est volé et qu'il se retrouve entre les mains de la police (au par. 10) :

À mon avis, les documents ayant tombé entre les mains des voleurs et d'autres individus, il ne subsistait dans ces circonstances aucune attente raisonnable de protection de vie privée des intimés.

Ayant conclu à l'absence d'attente en matière de protection de la vie privée, les juges majoritaires estiment inutile de chercher à déterminer si la prétendue « fouille » a été effectuée d'une manière raisonnable. Cela dit, ils sont d'avis que la conduite de la police a été raisonnable. Ils sont convaincus que le caporal Desroches avait le droit de photocopier le contenu du coffre, car les accusés étaient à l'origine de l'enquête sur le vol et le coffre était déjà ouvert lorsque les policiers en ont légalement pris possession. Les juges majoritaires concluent également que le caporal Desroches a agi de bonne foi au cours de toute l'enquête. Il pouvait donc pousser son examen du coffre au-delà de ce qu'exigeait le vol. Ayant conclu à l'absence de violation de l'art. 8 de la *Charte*, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné le par. 24(2).

Le juge Rice exprime sa dissidence, concluant que la possession légale du coffre-fort par les policiers ne les autorise pas à examiner et à photocopier son contenu. D'après lui, les appelants conservent leur droit à la protection de la vie privée relativement aux documents qui s'y trouvent et, plus particulièrement, n'ont pas renoncé à leur droit à la confidentialité de ceux-ci. Il est donc d'avis qu'il y a eu violation de l'art. 8. Quant au par. 24(2), il fait

12

13

exclude unlawfully obtained evidence. He cited the majority judgment in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, where Cory J. held, at para. 68:

... appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding

Not being able to find an apparent error or unreasonable finding in the decision of McKee Prov. Ct. J., Rice J.A. would have dismissed the Crown's appeal.

IV. Issues

14

Whether the photocopied evidence ought to be excluded from evidence depends on (1) whether the officer's conduct constituted an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*; and (2) if so, having regard to all the circumstances, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, such that it should be excluded under s. 24(2).

V. Analysis

1. *Section 8*

(a) Was There a Search or Seizure?

15

It has long been held that the principal purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect an accused's privacy interests against unreasonable intrusion by the State. Accordingly, police conduct interfering with a reasonable expectation of privacy is said to constitute a "search" within the meaning of the provision: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Such conduct may also be characterized as a "seizure", the essence of which is the "taking of a thing from a person by a public authority without that person's consent": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, *per La Forest J.*, at p. 431. In this case, there is no doubt the taking of

observer qu'un tribunal d'appel ne doit pas s'ingérer à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'écarter des éléments de preuve obtenus illégalement. Il cite les motifs majoritaires de *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, dans lesquels le juge Cory a conclu, au par. 68 :

... les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable

Ne pouvant pas trouver d'erreur manifeste ou de conclusion déraisonnable dans la décision du juge McKee, le juge Rice est d'avis de rejeter l'appel du ministère public.

IV. Les questions en litige

Pour répondre à la question de savoir si les éléments de preuve que constituent les photocopies doivent être écartés, il faut déterminer (1) si la conduite du policier constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* et, (2) dans l'affirmative, si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, de sorte qu'ils doivent être écartés en vertu du par. 24(2).

V. Analyse

1. *L'article 8*

a) Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie?

Il est établi depuis longtemps que l'art. 8 de la *Charte* a pour objet principal la protection du droit à la vie privée de l'accusé contre l'ingérence abusive de l'État. Par conséquent, la conduite policière portant atteinte à une « attente raisonnable en matière de vie privée » est considérée comme une « fouille » ou « perquisition » au sens de cette disposition : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. On peut également qualifier une telle conduite de « saisie », qui se produit essentiellement « lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement » : *R. c. Dyment*, [1988] 2

the safe was authorized, inasmuch as the appellants reported its theft to the police. The question that arises is whether the appellants retained a reasonable expectation of privacy in the contents of the safe, having reported the safe's theft to the police.

This Court has adopted a liberal approach to the protection of privacy. This protection extends not only to our homes and intimately personal items, but to information which we choose, in this case by locking it in a safe, to keep confidential: *Dyment, supra, per La Forest J.*, at p. 429. As a 1972 task force on privacy and computers noted, informational privacy "derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit": A Report of a Task Force Established Jointly by the Department of Communications/Department of Justice, *Privacy and Computers* (1972), at p. 13. While this may be less true of commercial documents than personal ones, this distinction has historically been applied to the regulatory sphere and carries its own limitations: *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339. In other contexts, a proprietor's control over confidential business documents implicates his individual autonomy and, in turn, "has profound significance for the public order": *Dyment, supra, per La Forest J.*, at p. 427.

Courts have, to be sure, recognized situations where it is unreasonable to expect personal property or information to remain private. It has been held that an individual can effectively abandon his own property by relinquishing any privacy interest in it: see *Stillman, supra*. It has also been implied that where the police recover property that has been cast off or stolen, they may infer it has been "abandoned" for the purposes of their investigation: *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.), cited

R.C.S. 417, le juge La Forest, p. 431. En l'espèce, il ne fait aucun doute que la prise du coffre-fort était autorisée puisque les appelants en avaient signalé le vol à la police. La question qui se pose est de savoir si les appelants peuvent raisonnablement s'attendre à ce que le caractère confidentiel du contenu du coffre soit préservé, après avoir signalé le vol de ce coffre à la police.

La Cour a adopté une approche libérale en matière de protection de la vie privée. Cette protection s'étend non seulement à la résidence d'une personne et à ses objets personnels, mais aussi aux renseignements qu'elle décide de garder confidentiels, en l'espèce en mettant les documents qui les contiennent dans un coffre-fort : *Dyment, précité*, le juge La Forest, p. 429. Comme un groupe d'étude sur l'ordinateur et la vie privée l'a souligné en 1972, la vie privée sur le plan de l'information « découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend » : Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice, *L'ordinateur et la vie privée* (1972), p. 13. Bien que cela soit moins le cas des documents commerciaux que celui des documents personnels, cette distinction est traditionnellement appliquée au domaine réglementaire et comporte ses propres limites : *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339. Dans d'autres situations, le contrôle qu'a un propriétaire sur des documents commerciaux confidentiels touche son autonomie individuelle et, par conséquent, « revêt [. . .] une importance capitale sur le plan de l'ordre public » : *Dyment, précité*, le juge La Forest, p. 427.

Les tribunaux n'ont pas manqué de relever des cas où il était déraisonnable de s'attendre à ce que des biens ou des renseignements personnels demeurent privés. La Cour a conclu qu'une personne pouvait en fait abandonner ses propres biens en renonçant à tout droit à la vie privée à leur égard : voir *Stillman, précité*. On a également laissé entendre que, lorsque les policiers récupéraient des biens jetés ou volés, ils pouvaient en déduire l'abandon pour les fins de leur enquête : *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d)

16

17

in *Dyment, supra*, at p. 435; see also, *United States v. Procopio*, 88 F.3d 21 (1st Cir. 1996). Without more, however, the mere fact that the police recover lost or stolen property is insufficient to support an inference that the owner voluntarily relinquished his expectation of privacy in the item. The question remains: on the facts of the case, did the owner have a reasonable expectation of privacy in the item, or had he relinquished it?

31 (C.A.N.-B.), cité dans *Dyment*, précité, p. 435; voir également *United States c. Procopio*, 88 F.3d 21 (1st Cir. 1996). Toutefois, la simple récupération par la police des biens perdus ou volés ne suffit pas pour conclure que le propriétaire a volontairement renoncé à son attente à la préservation de leur caractère confidentiel. Il faut encore résoudre la question suivante : dans les faits, le propriétaire pouvait-il raisonnablement s'attendre à ce que le caractère confidentiel de l'objet soit préservé ou a-t-il renoncé à son attente à cet égard?

18 In this case, the appellants did not voluntarily discard their private documents. On the contrary, the documents were locked in a safe that was stolen out of their place of business and left abandoned by the thieves in an open field. Moreover, the theft of the safe was reported to the police the morning it occurred, well before it was recovered. One can therefore infer the existence of a subjective expectation of privacy: *Edwards, supra*. In this entire context, I cannot but conclude that the appellants retained a residual, but limited, reasonable expectation of privacy in the contents of their stolen safe. In short, one would have expected the stolen property to remain private following its recovery, as it was before its theft.

En l'espèce, les appelants ne se sont pas volontairement départis de leurs documents personnels. Au contraire, ceux-ci se trouvaient dans un coffre-fort qui a été volé à leur établissement puis abandonné par les voleurs en plein champ. En outre, le vol du coffre a été signalé à la police le matin même où il s'est produit, bien avant que le coffre soit retrouvé. On peut donc déduire l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée : *Edwards*, précité. Dans ces circonstances, je ne peux que conclure que les appelants ont conservé une attente raisonnable résiduelle, mais limitée, quant à la préservation du caractère confidentiel du contenu de leur coffre volé. Bref, on se serait attendu à ce que les biens volés, après avoir été retrouvés, conservent le caractère confidentiel qu'ils avaient avant le vol.

19 The existence of a residual privacy interest does not undermine the police's obligation to investigate the theft of a stolen item, or to carry out whatever law enforcement responsibility is reasonably associated with its taking. Any expectation of privacy must be reasonable. Thus, an unattended suitcase may have to be inspected for explosives, a stray wallet for identification, or a deserted vehicle for evidence of theft. More extensive investigation may be required to determine the motive of the theft, or to identify the perpetrator. However, where the police cannot reasonably conclude the property has been abandoned by its owner, they are limited in their investigation by the privacy interest of the owner as protected by s. 8 of the *Charter*.

L'existence d'un droit résiduel à la vie privée ne diminue en rien l'obligation qu'a la police d'enquêter sur le vol d'un objet ou de s'acquitter de toute responsabilité, en matière d'application de la loi, raisonnablement liée à l'enlèvement de cet objet. Toute attente en matière de vie privée doit être raisonnable. Ainsi, il peut s'avérer nécessaire d'inspecter une valise laissée sans surveillance pour vérifier si elle contient des explosifs, un portefeuille égaré à des fins d'identification ou un véhicule abandonné pour trouver des éléments prouvant le vol. Il se peut qu'une enquête plus approfondie soit nécessaire pour déterminer le mobile du vol ou en identifier l'auteur. Toutefois, lorsque les policiers ne peuvent pas raisonnablement conclure à l'abandon des biens de la part de leur propriétaire, ils sont limités dans leur enquête par le droit à la vie privée que l'art. 8 de la *Charte* garantit au propriétaire.

As I see it, to conclude otherwise would authorize the police to conduct a full search of any item reported stolen, aided only by an unreasonable suspicion or a hunch. Even if an individual reported something as innocuous as a stolen sweater, the respondent's logic would permit the police to conduct DNA testing of the sweater to assist an ongoing murder investigation. This is particularly problematic given the range of items people are bound to report stolen: a purse, a computer, a car, perhaps even a mobile home. The unauthorized search of such items is precisely the type of investigative action which the "residual" expectation of privacy, and indeed the search warrant process, is meant to prevent.

The respondent cites *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, for the proposition that evidence lawfully obtained by the police for one purpose may, without additional authorization, be used for another. In that case, the accused voluntarily gave scalp and pubic hair samples to the police, who went on to use those samples in an unrelated investigation. In my view, the respondent is hard-pressed to compare bodily samples provided through unconditional and reasonably informed consent (as in *Arp*) with a safe stolen out of an accused's place of business (as in this case). While the State cannot be held responsible for such a theft, the accused equally cannot be said to have relinquished all privacy interests in the stolen item. Even had the accused in *Arp* retained such an expectation of privacy, it was concluded on the facts of that case that the accused's consent extended as far as the new investigation. *Arp* does not assist the respondent.

The better analogy is to *Dyment, supra*, in which a doctor collected a vial of free-flowing blood from an unconscious victim for medical purposes. After collecting the blood from the victim, the doctor provided the blood to a police officer, who then tested it to determine whether the victim was intoxicated. A majority of the Court concurred with La Forest J. that any consent to the seizure of blood was

D'après moi, conclure autrement autoriserait la police à examiner sans réserve tout objet déclaré volé dès qu'elle aurait un soi-disant soupçon ou une simple intuition. Même si une personne déclarait une chose aussi mineure que le vol d'un chandail, selon le raisonnement de l'intimée, la police aurait le droit de faire des tests d'ADN sur ce chandail pour faire avancer une enquête en cours relativement à un meurtre. C'est particulièrement inquiétant compte tenu de l'éventail des objets que les gens sont susceptibles de déclarer volés : un sac à main, un ordinateur, une voiture et peut-être même une maison mobile. La perquisition ou fouille non autorisée de tels objets constitue précisément le genre d'investigations que visent à prévenir l'attente « résiduelle » en matière de vie privée et aussi le processus d'obtention du mandat de perquisition.

L'intimée cite *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, à l'appui de la thèse selon laquelle la preuve légalement obtenue par la police à une fin peut, sans autorisation supplémentaire, servir à une autre fin. Dans cette affaire, l'accusé avait volontairement remis des échantillons de cheveux et de poils pubiens aux policiers, qui les ont ensuite utilisés dans le cadre d'une autre enquête, sans rapport avec la première. À mon avis, l'intimée peut difficilement comparer les échantillons de substances corporelles fournis par suite d'un consentement inconditionnel et raisonnablement éclairé (comme dans *Arp*) et un coffre-fort volé à l'établissement de l'accusé (comme en l'espèce). Si on ne peut pas tenir l'État responsable d'un tel vol, on ne peut pas non plus dire que l'accusé a renoncé à son droit à ce que l'objet volé demeure confidentiel. Il a été conclu dans *Arp* que, dans les circonstances, même en supposant que l'accusé eût conservé une telle attente en matière de vie privée, son consentement s'appliquait à la nouvelle enquête. L'arrêt *Arp* n'aide pas l'intimée.

La présente affaire se compare le mieux avec l'affaire *Dyment*, précitée, où un médecin a recueilli à des fins médicales une éprouvette du sang qui coulait d'une victime inconsciente. Après avoir recueilli le sang de la victime, le médecin en a fourni un échantillon à un policier, qui l'a ensuite analysé pour déterminer si la victime était en état d'ébriété. Les juges majoritaires de la Cour ont convenu avec

20

21

22

“restricted to the use of the sample for medical purposes” (p. 431). A similar finding was made in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, in which a majority of the Court agreed (at p. 55) that where a state actor obtains personal information under lawful circumstances, “the limited purpose for which it was obtained cannot be ignored”. By analogy to this case, the police’s taking of the appellants’ safe was restricted to the purpose of the taking — namely, the investigation of the theft — and did not extend to the pursuit of totally unrelated hunches.

le juge La Forest que tout consentement à la prise de sang « vis[ait] uniquement l’utilisation de l’échantillon à des fins médicales » (p. 431). La Cour a tiré une conclusion similaire dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, où les juges majoritaires étaient d’accord pour dire (p. 55) que lorsqu’un mandataire de l’État obtient légalement un renseignement personnel, « on ne saurait faire abstraction de l’objet limité pour lequel il a été [obtenu] ». Par analogie avec la présente affaire, la prise de possession par la police du coffre-fort des appelants visait uniquement l’objet de celle-ci, à savoir l’enquête sur le vol, et ne pouvait servir à confirmer des intuitions n’ayant absolument aucun rapport.

23

The principal reason for this restriction, in my view, is to discourage police procedures whereby “property is seized by one state agent for a purpose for which the prerequisites for search may not be as demanding, and another state agent . . . is permitted to claim the fruits of the search (the resulting information) for use for law enforcement purposes without regard to the rightly stringent prerequisites of searches for those purposes”: *Colarusso, supra, per La Forest J.*, at p. 64. In my view, such a circumvention of the warrant requirement is precisely what occurred in this case. It is true that the property was shared among police officers in this case, rather than passed from a coroner to a police officer, as in *Colarusso, supra*. Yet this distinction does not assist the respondent. Whatever the relationship between Officers White and Desroches, the former’s authorized taking of the safe could not have liberated the latter from the stringent prerequisites for searching and analysing the safe’s contents.

Selon moi, cette restriction a comme principal but de décourager les procédures policières par lesquelles « [u]n bien est saisi par un mandataire de l’État pour une fin relativement à laquelle les exigences en matière de fouille et de perquisition sont peut-être moins sévères; on permet ensuite à un autre mandataire de l’État [. . .] de s’emparer des fruits (les renseignements obtenus) de la fouille ou de la perquisition en vue de leur utilisation aux fins de l’application de la loi, et ce, sans égard aux conditions préalables légitimement sévères à remplir dans le cas de fouilles ou de perquisitions à ces fins » : *Colarusso*, précité, le juge La Forest, p. 64. J’estime qu’une telle façon de contourner l’exigence d’obtenir un mandat est exactement ce qui s’est produit en l’espèce. Il est vrai que les biens ont été mis à la disposition de différents policiers plutôt que de passer d’un coroner à un policier, comme dans *Colarusso*, précité. Cependant, cette distinction n’aide pas l’intimée. Peu importe les rapports entre les policiers White et Desroches, l’autorisation que le premier détenait quant à la prise de possession du coffre ne pouvait pas exonérer le second des exigences rigoureuses applicables à la fouille du coffre et à l’analyse de son contenu.

24

The intervener, the Attorney General for Ontario, cites *R. v. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332 (Ont. C.A.), in which the police searched the accused’s car for drugs under the “pretext” of conducting an investigation under the *Liquor License Act*. On appeal, the Ontario Court of Appeal held that the lawful search under the Act was not converted into

L’intervenant, le procureur général de l’Ontario, cite *R. c. Annett* (1984), 17 C.C.C. (3d) 332 (C.A. Ont.), dans laquelle la police avait fouillé la voiture de l’accusé à la recherche de drogue sous [TRADUCTION] « prétexte » de mener une enquête en vertu de la *Loi sur les permis d’alcool*. En appel, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la fouille

an unlawful or unreasonable search because the officers had an expectation of finding narcotics. The distinguishing feature of *Annett*, however, is that the full scope of the officers' search was authorized by statute; thus, the only issue was whether their hidden intentions rendered the search unreasonable. In this case, by contrast, Corporal Desroches lacked explicit authority to examine and photocopy the contents of the appellants' safe.

The best analogy provided by the intervener, in my view, is the scenario in which the police search a car in the course of investigating its theft, as opposed to carrying out an explicit statutory duty. It is clear the police are "lawfully positioned" in such cases, inasmuch as their common law and statutory duties include the protection of property. However, the police's obligation to search a stolen car is not without its limits. As the intervener acknowledges, "a police officer might be justified in fully inspecting the driver and passenger compartment of a stolen car during the course of an investigation of the theft, but might be precluded, absent a warrant, from searching through computer files contained in a laptop computer locked in the car's trunk"; see also, *R. v. Spinelli* (1995), 101 C.C.C. (3d) 385 (B.C.C.A.), *per* Southin J.A., at para. 36.

In my view, the intervener's own logic supports a s. 8 breach in this case. Corporal Desroches began his investigation of the appellants' safe after the police had completed their investigation of its theft. At all material times the safe was in police custody and, as far as the theft was concerned, ready to be returned to its rightful owner. Corporal Desroches nevertheless examined the documents inside the safe, photocopied them and, for purposes unrelated to the theft, provided copies to another branch of law enforcement. In assessing these actions, I make no judgment as to whether examining, photocopying or even translating documents might, in other contexts, be reasonably necessary to investigate their theft or carry out a legitimate law enforcement objective. Such actions may be necessary where evidence of illegal activity appears on the face of

autorisée par la Loi n'était pas devenue illégale ou abusive du fait que les policiers s'attendaient à trouver des stupéfiants. La caractéristique distinctive de l'affaire *Annett*, cependant, est que tous les aspects de la fouille étaient autorisés par la loi, de sorte qu'il restait seulement à déterminer si les intentions secrètes des policiers avaient rendu la fouille abusive. Par contre, en l'espèce, le caporal Desroches ne disposait pas du pouvoir explicite d'examiner et de photocopier le contenu du coffre des appelants.

J'estime que la meilleure analogie fournie par l'intervenant est le cas où les policiers fouillent une voiture dans le cadre de l'enquête sur son vol plutôt que dans l'exécution d'une obligation légale explicite. Il est clair que les policiers [TRADUCTION] « agissent légalement » dans de tels cas puisque la protection des biens fait partie des obligations que leur imposent la common law et la loi. L'obligation de la police de fouiller une voiture volée n'est toutefois pas absolue. Comme l'intervenant le reconnaît, [TRADUCTION] « un policier pourrait être justifié d'inspecter entièrement l'espace du conducteur et du passager d'une voiture volée dans le cadre d'une enquête sur le vol, mais pourrait ne pas avoir le droit, sans mandat, d'examiner les fichiers contenus dans un ordinateur portatif se trouvant dans le coffre de la voiture fermé à clé »; voir également *R. c. Spinelli* (1995), 101 C.C.C. (3d) 385 (C.A.C.-B.), le juge Southin, par. 36.

À mon avis, le raisonnement même de l'intervenant tend à démontrer l'existence d'une violation de l'art. 8 en l'espèce. Le caporal Desroches a commencé son enquête sur le coffre des accusés après que la police eut terminé son enquête sur le vol de ce coffre. Pendant toute la période pertinente, le coffre se trouvait sous la garde de la police et, en ce qui a trait au vol, pouvait être remis à ses propriétaires légitimes. Le caporal Desroches a néanmoins examiné les documents s'y trouvant, les a photocopiés et, à des fins n'ayant rien à voir avec le vol, en a fourni des copies à un autre organisme chargé de l'application de la loi. Évaluant ces actes, je ne me prononce pas sur la question de savoir si l'examen, la photocopie et, même, la traduction de documents pourraient dans d'autres cas être raisonnablement nécessaires dans le cadre de l'enquête relative

25

26

the document, as contemplated by the “plain view” doctrine. Suffice it to say, Corporal Desroches proceeded as though the safe had been abandoned by its owner and, for that reason, infringed the appellants’ reasonable expectation of privacy.

à leur vol ou la poursuite d’un objectif légitime d’application de la loi. De tels actes peuvent s’avérer nécessaires dans les cas où l’apparence du document même laisse croire à l’exercice d’activités illégales, comme l’envisage la théorie des « objets bien en vue ». Il suffit de dire que le caporal Desroches a agi comme si le coffre avait été abandonné par ses propriétaires et, pour ce motif, il a porté atteinte à l’attente raisonnable des appelants en matière de vie privée.

27 The respondent attempts to rely on the plain view doctrine, arguing that evidence that comes within the view of a “lawfully positioned” officer may be admissible if it is discovered inadvertently. Many of the authorities cited by the respondent may be characterized as plain view searches: see *United States v. Sumlin*, 909 F.2d 1218 (8th Cir. 1990); *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *United States v. O’Bryant*, 775 F.2d 1528 (11th Cir. 1985). In this case, I agree with McKee Prov. Ct. J. that the incriminating evidence was neither immediately obvious to Corporal Desroches nor discovered inadvertently. On the contrary, it came to light only after he examined, translated and photocopied several documents. Corporal Desroches admitted there was nothing facially wrong with the documents. He testified they contained a series of numbers and Chinese characters, and that he lacked both accounting expertise and proficiency in Chinese. Not having detected anything incriminating through the unaided use of his senses, Corporal Desroches cannot rely on the plain view doctrine either to establish reasonable and probable grounds to search, or to avoid the requirement of reasonable and probable grounds entirely; see W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3rd ed. 1996), at pp. 395-98.

L’intimée invoque la théorie des objets bien en vue, soutenant que la preuve qui se présente à la vue d’un policier « agissant légalement » peut être admissible si elle est découverte par inadvertance. Plusieurs des arrêts cités par l’intimée portent sur ce qu’on peut qualifier de fouilles d’objets bien en vue : voir *United States c. Sumlin*, 909 F.2d 1218 (8th Cir. 1990); *Coolidge c. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971); *United States c. O’Bryant*, 775 F.2d 1528 (11th Cir. 1985). En l’espèce, je conviens avec le juge McKee que la preuve incriminante n’était pas immédiatement apparente au caporal Desroches et qu’elle n’avait pas été non plus découverte par inadvertance. Au contraire, elle a été découverte seulement après qu’il eut examiné, fait traduire et photocopié plusieurs documents. Le caporal Desroches a admis que les documents ne paraissaient pas irréguliers à première vue. Il a témoigné qu’ils contenaient une série de chiffres et une série de caractères chinois et qu’il ne possédait pas les connaissances nécessaires en comptabilité et en chinois pour en juger de la teneur. N’ayant détecté aucun élément incriminant par le seul usage de ses sens, le caporal Desroches ne peut pas se fonder sur la théorie des objets bien en vue pour établir l’existence de motifs de fouille raisonnables et probables ou pour éviter l’obligation d’avoir des motifs raisonnables et probables; voir W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (3^e éd. 1996), p. 395-398.

28 I conclude the police’s conduct in this case amounted to a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*. While a reasonable accused would have expected a certain degree of state intrusion into his stolen safe — a fingerprint analysis, a security check, an investigation of content for the purpose of

Je conclus que la conduite de la police en l’espèce équivalait à une fouille au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Même si un accusé raisonnable se serait attendu à ce que l’État se livre à un certain examen de son coffre volé — une analyse d’empreintes, une vérification de sécurité, un examen du contenu en

identifying the perpetrator of the theft — he would otherwise have expected the contents of the safe to remain private. Moreover, to the extent the officer was driven by another law enforcement objective (namely, investigation of GST violations), he lacked reasonable and probable grounds to suspect the appellants. Such conduct is precisely what the search warrant process is meant to prevent.

(b) Was the Search Unreasonable?

As the *Charter* only protects against “unreasonable” search and seizure, it was open to the respondent to establish on a balance of probabilities that Corporal Desroches’s conduct was reasonable under the circumstances. In the absence of prior judicial authorization, a search or seizure will be reasonable if it is otherwise authorized by law, and both the law itself and the manner in which the search was carried out are reasonable: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*; *Collins*, *supra*. In my view, none of the recognized exceptions to the warrant requirement is satisfied in the current appeal. I conclude the search was unreasonable.

The intervener made the interesting suggestion that by reporting the theft of their safe to the police, the appellants consented to the seizure of its contents, thus waiving their right to privacy. As he put it, the appellants’ conduct “represented, at a minimum, unlimited consent by the Appellants for the police to take possession of the safe and its contents”. I disagree. Had the appellants expected the police to open the safe and examine its contents, it is difficult to imagine they would have directed the police’s attention to it, given that it contained incriminating documents. Far from representing the appellants’ consent to search the safe, such conduct reveals a certain faith that the police will not search the content of documents in the safe. Moreover, I have considerable difficulty with the implication that someone who reports a theft to the police must place conditions on the subsequent investigation, as though one’s privacy interest must be asserted to be respected. This suggestion runs contrary to s. 8 of

vue de l’identification de l’auteur du vol — il se serait par ailleurs attendu à ce que le contenu du coffre reste privé. De plus, dans la mesure où le policier visait un autre objectif d’application de la loi (à savoir enquêter sur des infractions en matière de TPS), il n’avait aucun motif raisonnable et probable de soupçonner les appelants. C’est précisément ce genre de conduite que le processus d’obtention du mandat de perquisition vise à prévenir.

b) La fouille était-elle abusive?

Comme la *Charte* protège seulement contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », il était loisible à l’intimée d’établir selon la prépondérance des probabilités que la conduite du caporal Desroches était raisonnable dans les circonstances. En l’absence d’autorisation judiciaire, une fouille, une perquisition ou une saisie ne sera raisonnable que si des dispositions législatives l’autorisent et si ces dispositions et la manière dont la fouille est effectuée sont raisonnables : *Hunter c. Southam Inc.*, précité; *Collins*, précité. J’estime qu’aucune de ces conditions d’application des exceptions reconnues à l’exigence d’obtention d’un mandat n’est remplie dans le présent pourvoi. Je conclus que la fouille était abusive.

L’intervenant a avancé l’argument intéressant selon lequel en signalant à la police le vol de leur coffre-fort, les appelants ont consenti à la saisie du contenu du coffre, renonçant ainsi à leur droit à la vie privée. Il prétend que la conduite des appelants [TRADUCTION] « représentait, au minimum, un consentement absolu de la part des appelants à ce que la police prenne possession du coffre-fort et de son contenu ». Je ne suis pas d’accord. Si les appelants s’étaient attendus à ce que les policiers ouvrent le coffre et en examinent le contenu, on peut difficilement imaginer qu’ils auraient attiré leur attention sur ce coffre étant donné qu’il contenait des documents incriminants. Une telle conduite n’indique aucunement le consentement des appelants à ce que le coffre soit fouillé, mais démontre plutôt que les appelants croient dans une certaine mesure que la police n’examinera pas le contenu des documents se trouvant dans le coffre. De plus, je ne peux pas me résigner à accepter l’idée voulant qu’une personne

29

30

the *Charter*, which guarantees the individual's right to be secure against unreasonable search and seizure. It is equally true that no request for the return of the safe was required to "re-establish" the appellants' expectation of privacy.

signalant un vol à la police doit fixer des conditions préalables à l'enquête, comme s'il lui fallait affirmer son droit à la vie privée pour le faire respecter. Cette idée est contraire à l'art. 8 de la *Charte*, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il est également vrai qu'il n'était pas nécessaire que la remise du coffre soit demandée pour « rétablir » l'attente des appelants en matière de vie privée.

31 Finally, the respondent relies on s. 288(1) of the *Excise Tax Act* as a source of independent statutory authority to search documents that are relevant to determining tax liability. That section permits an "authorized person", meaning a person authorized by the Minister, to "inspect, audit or examine" such documents. As noted by the trial judge, however, the police officer in this case was not authorized by the Minister to conduct an audit of the appellants' business; thus, the statutory defence is not available. I conclude the officer's conduct in this case constituted an unreasonable search within the meaning of s. 8 of the *Charter*.

Enfin, l'intimée soutient que le par. 288(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* constitue la source d'un pouvoir légal distinct permettant la fouille de documents dont l'examen peut aider à déterminer l'assujettissement à la taxe. Aux termes de cette disposition, une « personne autorisée », soit une personne autorisée par le ministre, peut « inspecter, vérifier ou examiner » ces documents. Comme le juge de première instance l'a souligné, toutefois, le policier en l'espèce n'avait pas l'autorisation du ministre pour procéder à la vérification de l'entreprise des appelants, de sorte qu'on ne peut pas invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. J'en conclus que la conduite du policier en l'espèce constitue une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

2. Section 24(2)

2. Le paragraphe 24(2)

32 Evidence obtained in violation of s. 8 of the *Charter* will not be excluded unless, having regard to all the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. While the decision to exclude must be a reasonable one, a reviewing court will not interfere with a trial judge's conclusions on s. 24(2) absent an "apparent error as to the applicable principles or rules of law" or an "unreasonable finding": *Stillman, supra*, at para. 68; see also *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 35. In this case, I uphold the trial judge's finding under s. 24(2) but, for reasons developed below, feel it is necessary to conduct a separate s. 24(2) inquiry.

Les éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte* ne seront pas écartés à moins que, eu égard aux circonstances, leur utilisation ne soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que la décision d'écartier un élément de preuve doive être raisonnable, la cour siégeant en révision ne modifiera pas les conclusions du juge de première instance concernant le par. 24(2) en l'absence d'une « erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables » ou d'une « conclusion déraisonnable » : *Stillman*, précité, par. 68; voir aussi *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 35. En l'espèce, je confirme la conclusion du juge de première instance quant au par. 24(2) mais, pour les motifs que j'exposerai plus loin, j'estime qu'il est nécessaire d'effectuer une analyse distincte relativement à ce paragraphe.

33 In *Collins, supra*, this Court grouped the circumstances to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) the effect of admitting the evidence

Dans *Collins*, précité, la Cour a regroupé en trois catégories les facteurs à examiner pour l'application du par. 24(2) : (1) l'effet de l'utilisation de la

on the fairness of the subsequent trial, (2) the seriousness of the police's conduct, and (3) the effects of excluding the evidence on the administration of justice. Trial judges are under an obligation to consider these three factors. In general, it will be much easier to exclude evidence if its admission would affect the fairness of the trial as opposed to condoning a serious constitutional violation: *Collins, supra*, at p. 284.

(a) Trial Fairness

The concept of trial fairness is ultimately concerned with the continued effects of unfair self-incrimination on the accused; thus, the principal (though not exclusive) considerations at this stage will be the nature of the evidence obtained and the nature of the right violated: *Collins, supra*, at p. 284. The leading case on this issue is *Stillman, supra*, which held that the admission of "conscriptive" evidence, whether self-emanating or derivative, would generally affect the fairness of the trial. Evidence will be classified as conscriptive where "an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples": *Stillman, supra, per Cory J.*, at para. 80.

In this case, the photocopied evidence obtained by Corporal Desroches was not conscriptive evidence. It neither emanated directly from the appellants, nor derived from the appellants' compelled co-operation with the state. While it probably would not have been discovered without the constitutional violation, the originals existed independently of that violation and were not reproduced with the appellants' participation. The trial fairness branch of *Collins, supra*, will not operate to exclude the evidence.

In making this finding, I must respectfully disagree with the superior court judge that trial fairness would be implicated by the officer's having

preuve sur l'équité du procès à venir; (2) la gravité de la conduite de la police; (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice. Au procès, les juges sont tenus de prendre ces trois facteurs en considération. En général, il est beaucoup plus facile d'écarter des éléments de preuve si leur utilisation porte atteinte à l'équité du procès que si leur admission reviendrait à approuver une violation constitutionnelle grave : *Collins, précité*, p. 284.

a) L'équité du procès

La notion d'équité du procès s'attache en fin de compte aux effets continus de l'auto-incrimination sur l'accusé, de sorte que les principaux (mais non les seuls) éléments dont il faut tenir compte à cette étape sont la nature de la preuve obtenue et celle du droit violé : *Collins, précité*, p. 284. L'arrêt de principe sur cette question est *Stillman, précité*, dans lequel on a conclu que l'utilisation de la preuve « obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même » portait généralement atteinte à l'équité du procès, que cette preuve émane de l'accusé ou qu'elle soit une preuve dérivée. La preuve est considérée comme ayant été obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même lorsque « l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles » : *Stillman, précité*, le juge Cory, par. 80.

En l'espèce, en faisant des photocopies, le caporal Desroches n'a pas obtenu des éléments de preuve en mobilisant les appelants contre eux-mêmes. Ces éléments de preuve n'émanaient pas directement des appelants et n'étaient pas dérivés de leur collaboration forcée avec l'État. Même s'ils n'auraient probablement pas été découverts sans la violation constitutionnelle, les originaux existaient indépendamment de cette violation et n'ont pas été produits avec la participation des appelants. Le facteur concernant l'équité du procès, dont il est question dans *Collins, précité*, n'a pas pour effet d'écarter les éléments de preuve.

En tirant cette conclusion, je suis, cela dit en tout respect, en désaccord avec le juge de la cour supérieure, selon qui l'équité du procès a été

34

35

36

taken advantage of a criminal act perpetrated against the appellants (i.e., a break and enter of their premises) to gather evidence that otherwise would not have come to their attention. In *Collins, supra*, at p. 284, this Court held that factors relevant to trial fairness include “the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated.” In my view, the behaviour described by Godin J. goes more to the manner in which the appellants’ *Charter* rights were violated than to the nature of the evidence obtained or the nature of the right violated. I conclude this factor more appropriately informs the seriousness of the *Charter* breach and does not operate to render the trial unfair.

(b) Seriousness of the Breach

37

At this stage of *Collins, supra*, the conduct of Corporal Desroches in conducting an unauthorized search, as opposed to the fairness of the subsequent trial, informs the analysis. The seriousness of this conduct depends, first, on “whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant”: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652. Also relevant is whether the police officer could have obtained the evidence by other means, thus rendering his disregard for the *Charter* gratuitous and blatant: *Collins, supra*, at p. 285.

38

In my view, the trial judge is entitled to deference on this point. After reviewing the evidence, McKee Prov. Ct. J. concluded that Corporal Desroches’s approach, behaviour and disrespect for regular police procedures rendered his conduct [TRANSLATION] “sufficiently serious” to exclude the photocopied documents. It appears from the record that Corporal Desroches essentially assumed the role of an Excise Tax official, taking regulatory matters into his own hands when he easily could have left that responsibility to the appropriate body. It is highly unlikely that Corporal Desroches misunderstood the scope of his authority. His disregard for established procedures, combined with his failure to

compromise par la conduite du policier, celui-ci ayant profité de l’acte criminel perpétré contre les appelants (c.-à-d. l’introduction par effraction dans leur établissement) pour recueillir des éléments de preuve dont il n’aurait pas eu connaissance autrement. Dans *Collins*, précité, p. 284, la Cour a conclu que les facteurs pertinents quant à l’équité du procès comprennent « la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. » D’après moi, le comportement que le juge Godin a décrit est davantage lié à la manière dont les droits garantis aux appelants par la *Charte* ont été violés qu’à la nature de la preuve obtenue ou à la nature du droit violé. Je conclus que ce facteur se rapporte davantage à la gravité de la violation de la *Charte* et n’a pas pour effet de rendre le procès inéquitable.

b) La gravité de la violation

Dans cette étape de l’arrêt *Collins*, précité, l’analyse porte sur la fouille non autorisée qu’a effectuée le caporal Desroches plutôt que sur l’équité du procès qui a suivi. La gravité de cette action dépend, premièrement, de « la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s’il s’agit d’une violation délibérée, volontaire ou flagrante » : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 652. Il est aussi pertinent de déterminer si le policier aurait pu obtenir la preuve par d’autres moyens, puisque si tel était le cas, son mépris de la *Charte* est dénué de motif et flagrant : *Collins*, précité, p. 285.

J’estime que le juge de première instance a droit à ce qu’on fasse preuve de retenue sur ce point. Après examen de la preuve, le juge McKee a conclu que les méthodes et le comportement du caporal Desroches ainsi que son inobservation des procédures policières normales avaient rendu sa conduite « suffisamment sérieu[se] » pour que les photocopies soient écartées. Il ressort du dossier que le caporal Desroches a essentiellement assumé le rôle d’un fonctionnaire des taxes d’accise en se chargeant lui-même d’appliquer la réglementation alors qu’il aurait facilement pu laisser cette responsabilité à l’organisme compétent. Il est très improbable que le caporal Desroches ait mal compris la portée

proceed properly when that option was available, are factors supporting the trial judge's s. 24(2) ruling: see *Collins, supra*, at p. 285; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-35. I conclude the breach of the appellants' s. 8 rights was serious in this case.

(c) Effect on the Administration of Justice

At the third stage of *Collins, supra*, the inquiry focuses on whether excluding the evidence would have a detrimental effect on the administration of justice. In general, this turns on whether the unconstitutionally obtained evidence forms a crucial part of the Crown's case and, where trial fairness is not affected, the seriousness of the underlying charge. In this case, it is conceded the evidence is essential to substantiate the Crown's case and, for that reason, can only be excluded at the risk of undermining the administration of justice. However, this factor must be weighed against the quasi-criminal nature of the offence and the fact that it was proceeding summarily. Like the trial judge, I conclude it is the admission of this key piece of Crown evidence, not its exclusion, that would risk bringing the administration of justice into disrepute.

(d) Conclusion on Section 24(2)

In my view, this case is not unlike *Collins, supra*, in that admitting the evidence would not affect the fairness of the trial (it being real, discoverable, non-conscripted evidence), yet excluding the evidence would compromise the Crown's case. The resolution of s. 24(2) thus turns on the second *Collins* factor, namely, whether the violation of s. 8 is so serious that it outweighs the State's interest in admitting the evidence.

de son pouvoir. Son mépris des procédures établies ainsi que son défaut d'agir conformément aux règles lorsqu'il aurait pu le faire constituent des facteurs qui appuient la conclusion du juge de première instance relativement au par. 24(2) : voir *Collins*, précité, p. 285; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-35. Je conclus que la violation des droits garantis aux appelants par l'art. 8 était grave en l'espèce.

c) L'effet sur l'administration de la justice

Dans la troisième étape de l'arrêt *Collins*, précité, l'analyse se concentre sur la question de savoir si l'exclusion de la preuve aurait un effet préjudiciable sur l'administration de la justice. En général, la réponse à cette question repose, d'une part, sur la question de savoir si les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle constituent une partie vitale de la preuve du ministère public et, d'autre part, lorsqu'il n'y a pas atteinte à l'équité du procès, sur la gravité de l'accusation sous-jacente. En l'espèce, il est admis que les éléments de preuve sont essentiels pour établir la preuve du ministère public et, pour cette raison, on ne peut les écarter qu'au risque de miner l'administration de la justice. Il faut toutefois soupeser ce facteur par rapport à la nature quasi criminelle de l'infraction et au fait qu'elle était l'objet d'une procédure sommaire. Comme le juge de première instance, je conclus que c'est l'utilisation de cette pièce maîtresse de la preuve du ministère public, et non pas son exclusion, qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

d) Conclusion relative au par. 24(2)

J'estime que la présente affaire se compare à l'affaire *Collins*, précitée, en ce que l'utilisation des éléments de preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès (ceux-ci étant matériels et susceptibles d'être découverts et n'ayant pas été obtenus par mobilisation des accusés contre eux-mêmes), mais que leur exclusion pourrait compromettre la preuve du ministère public. La résolution de la question du par. 24(2) repose donc sur le deuxième facteur de l'arrêt *Collins*, soit la question de savoir si la violation de l'art. 8 est suffisamment grave pour l'emporter sur l'intérêt de l'État à ce que la preuve soit admise.

41 I have already noted the trial judge's entitlement to deference on this point. In any event, I am of the view the administration of justice "would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion": *Kokesch, supra, per Sopinka J.*, at p. 35.

VI. Disposition

42 I would allow the appeal.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Doiron & Bastarache, Moncton; Michel C. Léger & Associés, Shediac, New Brunswick.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

J'ai déjà souligné que le juge de première instance avait droit à ce qu'on fasse preuve de retenue sur ce point. Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que « l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion » : *Kokesch, précité, le juge Sopinka, p. 35.*

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Doiron & Bastarache, Moncton; Michel C. Léger & Associés, Shediac (Nouveau-Brunswick).

Procureur de l'intimée : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick, as represented by the Office of the Executive Council, and the Judicial Council *Appellants*

v.

Judge Jocelyne Moreau-Bérubé *Respondent*

INDEXED AS: MOREAU-BÉRUBÉ v. NEW BRUNSWICK (JUDICIAL COUNCIL)

Neutral citation: 2002 SCC 11.

File No.: 28206.

2001: June 19; 2002: February 7.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Natural justice — Rules of procedural fairness — Provincial Judicial Council recommending that Provincial Court judge be removed from office because of statements she made in court — Applicable standard of review of Council's decision — Whether Council violated rules of procedural fairness by imposing penalty more severe than that recommended by inquiry panel — Whether Council bound to follow findings of inquiry panel — Whether Council's decision to recommend removal of judge justified — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(4).

Constitutional law — Judicial independence — Security of tenure of judges — Provincial legislation empowering Lieutenant-Governor in Council to remove Provincial Court judge without first addressing Legislative Assembly — Whether procedure set out in legislation to sanction misconduct of Provincial Court judges meets minimal standards required to ensure respect for principle of judicial independence — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(8).

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Bureau du Conseil exécutif, et le Conseil de la magistrature *Appellants*

c.

La juge Jocelyne Moreau-Bérubé *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MOREAU-BÉRUBÉ c. NOUVEAU-BRUNSWICK (CONSEIL DE LA MAGISTRATURE)

Référence neutre : 2002 CSC 11.

N° du greffe : 28206.

2001 : 19 juin; 2002 : 7 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit administratif — Révision judiciaire — Norme de révision — Justice naturelle — Règles d'équité procédurale — Conseil provincial de la magistrature recommandant la révocation d'une juge de la Cour provinciale en raison de déclarations qu'elle a faites en cour — Norme de révision applicable à la décision du Conseil — Le Conseil a-t-il violé les règles de l'équité procédurale en imposant une sanction plus sévère que celle recommandée par le comité d'enquête? — Le Conseil était-il tenu de suivre les conclusions du comité d'enquête? — La décision du Conseil de recommander la révocation de la juge était-elle justifiée? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(4).

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale autorisant le lieutenant-gouverneur en conseil à démettre un juge de la Cour provinciale de ses fonctions sans s'adresser au préalable à l'Assemblée législative — La procédure établie par la loi pour sanctionner l'inconduite d'un juge de la Cour provinciale est-elle conforme aux normes minimales requises pour garantir le respect du principe de l'indépendance judiciaire? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(8).

The respondent, a judge of the New Brunswick Provincial Court, made derogatory comments about the residents of the Acadian Peninsula while presiding over a sentencing hearing. Three days later, while presiding in an unrelated hearing, she made an apology. The Judicial Council received several complaints alleging misconduct and an inability on the part of the respondent to continue to perform her duties as a Provincial Court judge. The majority of a three-member inquiry panel, appointed to conduct an inquiry and report findings, concluded that the respondent's comments did constitute misconduct, but that she was still able to perform her duties as a judge. They recommended that she receive a reprimand. Under s. 6.11(4) of the *Provincial Court Act*, the Council was then required to make a decision "[b]ased on the findings contained in the [panel's] report". Despite the panel's findings the Council concluded that the respondent's remarks created a reasonable apprehension of bias and a loss of the public trust and recommended that she be removed from her office as judge. The respondent filed an application for judicial review of the Council's decision. The Court of Queen's Bench quashed the Council's decision on the grounds that the rules of natural justice had been breached and that the Council had exceeded its jurisdiction by ignoring findings of fact made by the panel. The majority of the Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be allowed and the decision of the New Brunswick Judicial Council should be restored.

This Court's jurisprudence has evolved to endorse a pragmatic and functional approach to determining the proper standard of review for a decision from an administrative tribunal. Here, a consideration of the relevant factors leads to the conclusion that a high degree of deference should be afforded to the Judicial Council's decisions.

A core principle of judicial independence is the liberty of the judge to hear and decide cases without fear of external reproach. Judicial councils as well as reviewing courts must remain acutely alive to the high level of protection that applies to comments made by judges in the conduct of court proceedings. However, while judges must be free to speak in their judicial capacity, and must be perceived to speak freely, there will unavoidably be occasions where their actions will be called into question. When a disciplinary process is launched to look at the conduct of an individual judge, it is alleged that an abuse of judicial independence by a judge has threatened the integrity of the judiciary as a whole and that the harm alleged is not curable by the appeal process. Part of the

L'intimée, une juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, a fait des commentaires désobligeants au sujet des résidents de la péninsule acadienne alors qu'elle présidait une audience de détermination de la peine. Trois jours plus tard, alors qu'elle présidait une autre audience, elle a présenté ses excuses. Le Conseil de la magistrature a reçu plusieurs plaintes alléguant l'inconduite et l'inaptitude de l'intimée à continuer d'exercer ses fonctions de juge d'une cour provinciale. Les membres majoritaires d'un comité d'enquête, formé de trois membres et nommé pour mener une enquête et faire rapport de ses conclusions, ont conclu que les commentaires de l'intimée constituaient une inconduite mais qu'elle était toujours apte à exercer ses fonctions de juge. Ils ont recommandé une réprimande. En application du par. 6.11(4) de la *Loi sur la Cour provinciale*, le Conseil devait ensuite rendre une décision « en se fondant sur les conclusions du rapport » du comité. Malgré les conclusions du comité, le Conseil a conclu que les commentaires de l'intimée avaient donné lieu à une crainte raisonnable de partialité et miné la confiance du public, et il a recommandé sa révocation. L'intimée a déposé une requête en révision judiciaire de la décision du Conseil. La Cour du Banc de la Reine a annulé la décision du Conseil aux motifs qu'il y avait eu contravention aux règles de la justice naturelle et que le Conseil avait outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte des conclusions de fait du comité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick est rétablie.

Dans ses arrêts, la Cour en est venue à adopter une approche pragmatique et fonctionnelle quant à la détermination de la norme de révision applicable à la décision d'un tribunal administratif. En l'espèce, l'examen des facteurs pertinents mène à la conclusion qu'il faut faire preuve d'un degré de retenue élevé à l'égard des décisions du Conseil de la magistrature.

Le principe essentiel de l'indépendance judiciaire est la liberté du juge d'entendre et de trancher les affaires sans craindre les reproches de l'extérieur. Les conseils de la magistrature ainsi que les cours de révision doivent demeurer fort conscients du degré élevé de protection qui s'attache aux commentaires que font les juges dans le cadre de la conduite des audiences. Toutefois, même si les juges doivent être libres de s'exprimer dans l'exercice de leurs fonctions et qu'ils doivent être perçus comme tels, il y aura inévitablement des cas où leurs actes seront remis en question. Lorsqu'on entreprend une enquête disciplinaire pour examiner la conduite d'un juge, il existe une allégation selon laquelle l'abus de l'indépendance judiciaire par ce juge menace l'intégrité de la

expertise of the Judicial Council lies in its appreciation of the distinction between impugned judicial actions that can be dealt with through a normal appeal process, and those that may threaten the integrity of the judiciary as a whole, thus requiring intervention through the disciplinary provisions of the *Provincial Court Act*. A council composed primarily of judges, alive to the delicate balance between judicial independence and judicial integrity, is eminently qualified to render a collegial decision regarding the conduct of a judge. A single judge sitting in judicial review of a decision of the Council would not enjoy a legal or judicial advantage.

While the proper interpretation of s. 6.11(4) of the Act, as to whether it binds the Judicial Council to the findings of fact made by the inquiry panel, is a question of law normally attracting a “correctness” standard of review, questions of law arising from the interpretation of a statute within the tribunal’s area of expertise will also attract some deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest such deference is the legislative intention. In this case, the Council was interpreting an operational provision within its own statute, which conferred upon it a special and unique decision-making role within the justice system. The Council must be regarded as having a reasonable degree of specialization and a high level of expertise. Reviewing courts should not intervene unless the interpretation adopted by the Council is not one that the provision can reasonably bear. Applying the proper standard of review to the interpretation given by the Council to the scope of its mandate based on its interpretation of s. 6.11(4), that standard being one of reasonableness *simpliciter*, the reviewing judge and the majority of the Court of Appeal should not have substituted their interpretation of that provision for the one adopted by the Council. In any event the interpretation given by the Council should be upheld even on a correctness standard. To suggest that the words “based on” in s. 6.11(4) have a binding effect creates a number of inconsistencies and incongruities within the Act. Moreover, any delegation of decision-making power from a tribunal to another body must be clearly and expressly authorized by statute. In this case, the Act clearly indicates that the Council is to make the decision with regard to the sanction, if any, that should be imposed. The words “based on” cannot be read to permit an abdication of that authority.

magistrature dans son ensemble et que le processus d’appel ne peut pas remédier au préjudice allégué. Une partie de l’expertise du Conseil de la magistrature consiste à apprécier la distinction entre les actes contestés des juges qui peuvent être traités au moyen d’un processus d’appel normal et ceux qui sont susceptibles de menacer l’intégrité de la magistrature dans son ensemble, exigeant donc une intervention par l’application des dispositions disciplinaires de la *Loi sur la Cour provinciale*. Un conseil composé principalement de juges, conscient de l’équilibre délicat entre l’indépendance judiciaire et l’intégrité de la magistrature, est éminemment qualifié pour rendre une décision collégiale au sujet de la conduite d’un juge. Un juge siégeant seul en révision judiciaire d’une décision du Conseil ne jouirait pas d’un avantage sur le plan juridique ou judiciaire.

Bien que la question de savoir s’il convient d’interpréter le par. 6.11(4) de la Loi comme obligeant le Conseil de la magistrature à adopter les conclusions de fait du comité d’enquête soit une question de droit, qui pourrait normalement entraîner l’application de la norme de révision de la « décision correcte », les questions de droit découlant de l’interprétation d’une loi située dans le domaine d’expertise du tribunal administratif exigeront aussi une certaine retenue si d’autres facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur. En l’espèce, le Conseil a interprété une disposition d’application de sa propre loi constitutive, laquelle lui confère un rôle décisionnel spécial et unique au sein du système de justice. Il faut considérer le Conseil comme ayant un degré de spécialisation raisonnable et un niveau élevé d’expertise. Les cours de révision ne devraient pas intervenir à moins que le Conseil n’ait adopté une interprétation que la disposition ne peut pas raisonnablement soutenir. Compte tenu de la norme de révision applicable à la façon dont le Conseil a conçu la portée de son mandat selon son interprétation du par. 6.11(4), soit la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, le juge siégeant en révision et les juges majoritaires de la Cour d’appel n’auraient pas dû substituer leur interprétation de cette disposition à l’interprétation adoptée par le Conseil. De toute manière, l’interprétation du Conseil doit être confirmée même en fonction de la norme de la décision correcte. Prétendre que le terme « en se fondant sur » figurant au par. 6.11(4) lie le Conseil donne naissance à des contradictions et incongruïtés dans la Loi. De plus, toute délégation de pouvoir décisionnel d’un tribunal administratif à un autre organisme doit être clairement et expressément autorisée par la loi. En l’espèce, la Loi indique clairement que c’est le Conseil qui doit décider de la sanction à imposer, s’il y a lieu. On ne peut interpréter le terme « en se fondant sur » comme permettant une renonciation à ce pouvoir.

The Council's ultimate decision to recommend the respondent's removal from office, which is a question of mixed law and fact, was justifiable. The Council must serve its purpose with some degree of authority and finality, and its conclusions on questions of mixed law and fact should be afforded a high degree of deference and should not be interfered with unless they are patently unreasonable. It was within the Council's power to draw its own conclusions, and, in light of the sweeping and generalized nature of the respondent's derogatory comments, the conclusion reached by the Council was not patently unreasonable. Even on a standard of reasonableness *simpliciter*, there is no basis to interfere with the Council's decision.

Evaluating whether procedural fairness has been adhered to by a tribunal requires an assessment of the procedures and safeguards required in a particular situation. The duty to comply with the rules of natural justice and to follow rules of procedural fairness extends to all administrative bodies acting under statutory authority. The Council did not violate the respondent's right to be heard by not expressly informing her that they might impose a sanction clearly open to them under the Act. Acknowledging that the nature of these disciplinary proceedings imposes on the Council a stringent duty to act fairly, there was no breach of the rules of natural justice in this case.

The procedure set forth by the Act to sanction misconduct of a Provincial Court judge does meet the minimal standards required to ensure respect for the principle of judicial independence.

Cases Cited

Followed: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; **referred to:** *Michaud v. Institut des comptables agréés (N.-B.)* (1994), 149 N.B.R. (2d) 328; *College of Physicians and Surgeons (Ont.) v. Petrie* (1989), 32 O.A.C. 248; *Jackson v. Saint John Regional Hospital* (1993), 136 N.B.R. (2d) 64; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Vriend v. Alberta* (1996), 132 D.L.R. (4th) 595; *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 324; *Alberta (Provincial Court Judge) v. Alberta*

La décision finale du Conseil de recommander la révocation de l'intimée, qui constitue une question mixte de droit et de fait, était justifiable. Le Conseil doit atteindre son objectif en rendant des décisions ayant une certaine autorité et un certain caractère définitif, et ses conclusions sur les questions mixtes de droit et de fait exigent un degré élevé de retenue et ne doivent pas être modifiées à moins d'être manifestement déraisonnables. Il était du pouvoir du Conseil de tirer ses propres conclusions et, vu la grande portée et la nature généralisée des commentaires désobligeants de l'intimée, la conclusion du Conseil n'était pas manifestement déraisonnable. Même selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, il y a aucun motif justifiant la modification de la décision du Conseil.

Pour vérifier si un tribunal administratif a respecté l'équité procédurale, il faut établir quelles sont les procédures et les garanties requises dans un cas particulier. L'obligation de se conformer aux règles de justice naturelle et à celles de l'équité procédurale s'étend à tous les organismes administratifs qui agissent en vertu de la loi. Le Conseil n'a pas porté atteinte au droit de l'intimée d'être entendue en ne l'informant pas expressément qu'il pourrait lui imposer une sanction que lui permet clairement la Loi. La nature de ces procédures disciplinaires imposant au Conseil une stricte obligation d'agir équitablement, il n'y a eu aucune violation des règles de justice naturelle en l'espèce.

La procédure qu'a établie la Loi pour sanctionner l'inconduite d'un juge d'une cour provinciale est conforme aux normes minimales requises pour garantir le respect du principe de l'indépendance judiciaire.

Jurisprudence

Arrêts suivis : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; **arrêts mentionnés :** *Michaud c. Institut des comptables agréés (N.-B.)* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 328; *College of Physicians and Surgeons (Ont.) c. Petrie* (1989), 32 O.A.C. 248; *Jackson c. Saint John Regional Hospital* (1993), 136 R.N.-B. (2^e) 64; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Vriend c. Alberta* (1996), 132 D.L.R. (4th) 595; *R. c. Ewanchuk* (1998), 13 C.R.

(*Provincial Court Chief Judge*) (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 214, 1999 ABQB 309, aff'd (2000), 192 D.L.R. (4th) 540, 2000 ABCA 241; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525.

Statutes and Regulations Cited

Inquiries Act, R.S.N.B. 1973, c. I-11, s. 8.
Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21 [am. 1987, c. 45], ss. 6 [rep. & sub. 1985, c. 66, s. 2], 6.1(1) [am. 1990, c. 21, s. 1], 6.6(1), (3), 6.7(1) to (5), 6.8(1), 6.9(1) [*idem*, s. 2], (7), (8), (10), 6.10(1), (3), 6.11(1) to (4), (8).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Canada. Commission of Inquiry Re: The Hon. Mr. Justice Leo A. Landreville. *Inquiry Re: The Honourable Justice Leo A. Landreville*. Ottawa: The Commission, 1966.

Canada. *Journals of the House of Commons*, vol. LXXII, 5th Sess., 17th Parl., January 26, 1934, p. 18.

Canadian Judicial Council. Inquiry Committee Appointed under subsection 63(1) of the *Judges Act*. *Report to the Canadian Judicial Council by the Inquiry Committee appointed under subsection 63(1) of the Judges Act to conduct a public inquiry into the conduct of Mr. Justice Jean Bienvenue of the Superior Court of Quebec in R. v. T. Théberge*. Ottawa: The Council, 1996.

Canadian Judicial Council. Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the *Judges Act*. *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia*. Ottawa: The Council, 1990.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens, 1980.

Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.

(5th) 324; *Alberta (Provincial Court Judge) c. Alberta (Provincial Court Chief Judge)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 214, 1999 ABQB 309, conf. par (2000), 192 D.L.R. (4th) 540, 2000 ABCA 241; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 [mod. 1987, ch. 45], art. 6 [abr. & rempl. 1985, ch. 66, art. 2], 6.1(1) [mod. 1990, ch. 21, art. 1], 6.6(1), (3), 6.7(1) à (5), 6.8(1), 6.9(1) [*idem*, art. 2], (7), (8), (10), 6.10(1), (3), 6.11(1) à (4), (8).

Loi sur les enquêtes, L.R.N.-B. 1973, ch. I-11, art. 8.

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).

Canada. Commission d'enquête concernant l'honorable Léo-A. Landreville. *Enquête concernant l'honorable Léo-A. Landreville*. Ottawa: La Commission, 1966.

Canada. *Journaux de la Chambre des communes*, vol. LXXII, 5^e sess., 17^e lég., 26 janvier 1934, p. 17.

Conseil canadien de la magistrature. Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. *Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse*. Ottawa: Le Conseil, 1990.

Conseil canadien de la magistrature. Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. T. Théberge*. Ottawa: Le Conseil, 1996.

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. London: Stevens, 1980.

Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J. L. & Social Pol'y* 282.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (2000), 233 N.B.R. (2d) 205, 194 D.L.R. (4th) 664, [2000] N.B.J. No. 368 (QL), 2000 NBCA 12, affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1999), 218 N.B.R. (2d) 256, [1999] N.B.J. No. 320 (QL). Appeal allowed.

Cedric L. Haines, for the appellant Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick.

J. C. Marc Richard and *Chantal A. Thibodeau*, for the appellant the Judicial Council.

Anne E. Bertrand, *Paul Bertrand* and *Michael Phelan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

1

This appeal involves a decision of the Judicial Council of New Brunswick ("the Council") which recommended the removal from office of a Provincial Court judge because of statements she made in court, while presiding over a sentencing hearing. The Council concluded that her remarks created a reasonable apprehension of bias and a loss of the public trust. This Court must first establish the applicable standard of review of the Council's decision. We must then decide whether the Council violated certain rules of procedural fairness by imposing a penalty more severe than that recommended by an inquiry panel, whether and to what extent the Council was statutorily bound to follow findings of an inquiry panel, and whether the Council's final decision to recommend the removal of the judge was justified in light of the evidence at its disposal. For reasons that are set out in full below, I have concluded that the Council

Friedland, Martin L. *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil de la magistrature, 1995.

Shapiro, Debra. « Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law » (1992), 8 *J. L. & Social Pol'y* 282.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2000), 233 R.N.-B. (2^e) 205, 194 D.L.R. (4th) 664, [2000] A.N.-B. n^o 368 (QL), 2000 NBCA 12, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine (1999), 218 R.N.-B. (2^e) 256, [1999] A.N.-B. n^o 320 (QL). Pourvoi accueilli.

Cedric L. Haines, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick.

J. C. Marc Richard et *Chantal A. Thibodeau*, pour l'appelant le Conseil de la magistrature.

Anne E. Bertrand, *Paul Bertrand* et *Michael Phelan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur une décision du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick (le « Conseil »), qui a recommandé la révocation d'une juge de la Cour provinciale en raison de déclarations qu'elle avait faites alors qu'elle présidait une audience de détermination de la peine. Le Conseil a conclu que ses propos avaient donné lieu à une crainte raisonnable de partialité et à un manque de confiance de la part du public. La Cour doit d'abord établir la norme de révision applicable à la décision du Conseil. Nous devons ensuite décider si celui-ci a violé certaines règles d'équité procédurale en imposant une sanction plus sévère que celle recommandée par le comité d'enquête, s'il est tenu par la loi d'adopter les conclusions du comité et dans quelle mesure il l'est, et si sa décision finale de recommander la révocation de la juge est justifiée compte tenu de la preuve dont il disposait. Pour les motifs que je vais exposer en détail plus loin, j'ai

was entitled to decide as it did and that its decision should be restored.

II. Relevant Statutory Provisions

Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21

6 Subject to this Act, a judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties.

6.1(1) There is hereby continued a Judicial Council which shall be composed of

(a) the Chief Justice of New Brunswick, who shall be chairman,

(b) a judge of The Court of Appeal of New Brunswick, who shall be appointed by the Chief Justice of New Brunswick and who shall be the vice-chairman,

(c) three judges of The Court of Queen's Bench of New Brunswick who shall be appointed by the Chief Justice of that Court, of whom the Chief Justice of The Court of Queen's Bench of New Brunswick may be one of the appointees,

(d) two judges other than the chief judge or associate chief judge, who shall be appointed by the chief judge, and

(e) three other persons who shall be appointed by the Lieutenant-Governor in Council.

. . .

6.6(1) The Judicial Council shall receive and the chairman shall refer to the chief judge for investigation all written communications suggesting any misconduct, neglect of duty or inability to perform duties on the part of a judge.

. . .

6.6(3) Where a written communication comes to the attention of the chief judge, whether by way of referral from the chairman or otherwise, suggesting any misconduct, neglect of duty or inability to perform duties on the part of a judge, the chief judge shall investigate the matter.

6.7(1) The chairman shall designate one or more members of the Judicial Council for the purpose of receiving reports referred to in this section.

conclu que le Conseil était en droit de rendre cette décision et qu'elle devait être rétablie.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21

6 Sous réserve de la présente loi, un juge reste en fonction tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions.

6.1(1) Est constitué par la présente loi un Conseil de la magistrature composé

a) du juge en chef du Nouveau-Brunswick qui agit comme président,

b) d'un juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, qui doit être nommé par le juge en chef du Nouveau-Brunswick et qui agit comme vice-président,

c) de trois juges de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick qui doivent être nommés par le juge en chef de cette Cour dont le juge en chef peut être l'un des juges nommés,

d) de deux juges autres que le juge en chef ou le juge en chef associé, qui doivent être nommés par le juge en chef, et

e) de trois autres personnes qui doivent être nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil.

. . .

6.6(1) Le Conseil de la magistrature doit recevoir, et le président doit renvoyer au juge en chef pour examen, toutes les communications écrites alléguant contre un juge son inconduite, sa négligence à remplir ses devoirs ou son inaptitude à exercer ses fonctions.

. . .

6.6(3) Lorsqu'une communication est portée par écrit à l'attention du juge en chef au moyen d'un renvoi de la part du président, ou autrement, alléguant contre un juge son inconduite, sa négligence à remplir ses devoirs ou son inaptitude à exercer ses fonctions, le juge en chef doit examiner l'affaire.

6.7(1) Le président doit désigner un ou plusieurs membres du Conseil de la magistrature pour recevoir les rapports visés au présent article.

6.7(2) Where a written communication is received by the chief judge or associate chief judge, whether by way of referral from the chairman or otherwise, the chief judge or associate chief judge, as the case may be, shall within fifteen days after receiving the written communication, or within such longer period as the chairman permits, report on the results of the investigation to a member of the Judicial Council who has been designated by the chairman for that purpose.

6.7(3) Based upon the report, the member of the Judicial Council who receives the report shall, within ten days after receiving the report, recommend to the chairman whether or not an inquiry should be held.

6.7(4) A recommendation that an inquiry not be held is subject to review by the Judicial Council which may determine that an inquiry should be held.

6.7(5) A recommendation that an inquiry be held is not subject to review by the Judicial Council.

6.8(1) At any time after the receipt of a written communication suggesting misconduct, neglect of duty or inability to perform duties on the part of a judge, the Judicial Council may suspend the judge whose conduct is in question from the performance of the judge's duties with pay, pending the outcome of an investigation, inquiry or formal hearing, and may lift the suspension prior to the conclusion of an investigation, inquiry or formal hearing, where a change in circumstances warrants the lifting of the suspension.

. . .

6.9(1) Where an inquiry is recommended under subsection 6.7(3) or where the Judicial Council determines on review under subsection 6.7(4) that an inquiry should be held, the chairman shall

- (a) appoint a panel consisting of three members of the Judicial Council. . . .
- (b) appoint a barrister to act as counsel to the panel, and
- (c) designate one of the members of the panel, other than a judge of the court, as the panel chairman.

. . .

6.9(7) The counsel to the panel shall inquire into the suggestions of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties on the part of a judge received in a written communication referred to in section 6.6 for the purpose

6.7(2) Dans les quinze jours qui suivent la réception d'une communication écrite par le juge en chef ou le juge en chef associé, suivant le cas, au moyen d'un renvoi ou autrement, ou dans un délai plus long que permet le président, le juge en chef ou le juge en chef associé, suivant le cas, doit faire rapport des résultats de son examen au membre du Conseil de la magistrature qui a été désigné par le président à cette fin.

6.7(3) En se basant sur le rapport reçu, le membre du Conseil de la magistrature qui reçoit ce rapport doit, dans les dix jours qui suivent la réception du rapport, recommander au président de tenir ou de ne pas tenir une enquête.

6.7(4) La recommandation de ne pas tenir une enquête est sujette à révision par le Conseil de la magistrature qui peut à son tour décider qu'une enquête devrait être tenue.

6.7(5) La recommandation de tenir une enquête n'est pas sujette à révision par le Conseil de la magistrature.

6.8(1) À tout moment après la réception de la communication écrite alléguant contre un juge son inconduite, sa négligence à remplir les devoirs ou l'inaptitude à exercer ses fonctions, le Conseil de la magistrature peut suspendre le juge dont la conduite est mise en question de l'exécution de ses fonctions avec traitement, en attendant le résultat d'un examen, d'une enquête ou d'une audition formelle et peut lever la suspension avant la conclusion d'un examen, de l'enquête ou d'une audition formelle si un changement des circonstances le permet.

. . .

6.9(1) Lorsqu'une enquête est recommandée en vertu du paragraphe 6.7(3) ou que le Conseil de la magistrature décide en révision en vertu du paragraphe 6.7(4) qu'une enquête doit être tenue, le président doit

- a) nommer un comité formé de trois membres du Conseil de la magistrature . . .
- b) nommer un membre du Barreau comme avocat du comité, et
- c) désigner un des membres du comité autre qu'un juge de la Cour comme président du comité.

. . .

6.9(7) L'avocat du comité doit, dans le but de recueillir les renseignements qui peuvent être pertinents pour la préparation d'une plainte formelle, enquêter sur les allégations d'inconduite, de négligence à remplir ses devoirs

of gathering all information that may be relevant to preparing a formal complaint.

6.9(8) The counsel to the panel shall present the findings to the panel who shall then determine whether there is sufficient evidence to warrant holding a formal hearing.

. . .

6.9(10) Where the panel determines that there is sufficient evidence to warrant holding a formal hearing, the panel shall advise the Judicial Council that a formal hearing is to be conducted and shall instruct the counsel to the panel to prepare a formal complaint setting forth the allegations of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties against the judge whose conduct is in question.

. . .

6.10(1) Where the panel has made a determination under subsection 6.9(10), it shall conduct a formal hearing respecting the allegations set forth in the formal complaint referred to in subsection 6.9(10) and it has all the powers of a commissioner under the *Inquiries Act*.

. . .

6.10(3) Notice of the formal hearing together with a copy of the formal complaint referred to in subsection 6.9(10) shall be served on the judge whose conduct is in question in accordance with the regulations.

. . .

6.11(1) After the formal hearing, the panel shall report to the chairman its findings of fact and its findings as to the allegations of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties of the judge whose conduct is in question.

6.11(2) The chairman shall place the report of the panel before the Judicial Council for a decision.

6.11(3) The Judicial Council shall give a copy of the report of the findings of the panel to the judge whose conduct is in question and shall advise the judge of the judge's right to make representations to it either in person or through counsel and either orally or in writing, respecting the report prior to the taking of action by the Judicial Council under subsection (4).

ou de son inaptitude à exercer ses fonctions de la part d'un juge reçues dans une communication écrite visée à l'article 6.6.

6.9(8) L'avocat du comité doit présenter ses conclusions au comité qui doit alors décider s'il y a preuve suffisante pour autoriser la tenue d'une audition formelle.

. . .

6.9(10) Lorsque le comité décide qu'il y a preuve suffisante pour autoriser la tenue d'une audition formelle, le comité doit notifier au Conseil de la magistrature qu'une audition formelle doit être tenue et doit donner instruction à l'avocat du comité de préparer une plainte formelle indiquant les allégations portées contre le juge dont la conduite est en cause concernant son inconduite, sa négligence dans l'exercice de ses devoirs ou son inaptitude à exécuter ses fonctions.

. . .

6.10(1) Lorsque le comité a pris une décision en vertu du paragraphe 6.9(10), il doit tenir une audition formelle sur les allégations indiquées dans la plainte formelle visée au paragraphe 6.9(10) et il a tous les pouvoirs d'un commissaire en vertu de la *Loi sur les enquêtes*.

. . .

6.10(3) Avis de l'audition formelle de même qu'une copie de la plainte formelle visées au paragraphe 6.9(10) doivent être remis au juge dont la conduite est mise en cause, ce, conformément aux règlements.

. . .

6.11(1) Après l'audition formelle, le comité doit faire rapport au président de ses conclusions de fait et de ses conclusions concernant les allégations portées contre le juge dont la conduite est en cause concernant son inconduite, sa négligence de remplir ses devoirs ou son inaptitude à exécuter ses fonctions.

6.11(2) Le président doit présenter pour décision le rapport du comité au Conseil de la magistrature.

6.11(3) Le Conseil de la magistrature doit remettre une copie du rapport des conclusions de l'enquête au juge dont la conduite est en cause et doit l'aviser de son droit de faire des représentations au Conseil de la magistrature en personne ou par un avocat, par écrit ou verbalement, concernant le rapport avant que le Conseil de la magistrature n'entreprenne une action en vertu du paragraphe (4).

6.11(4) Based on the findings contained in the report and the representations, if any, made under subsection (3), the Judicial Council may

- (a) dismiss the complaint,
- (b) direct the chief judge to issue a reprimand to the judge with such conditions as the Judicial Council considers appropriate,
- (c) where the conduct of the chief judge is in question, reprimand the chief judge with such conditions as the Judicial Council considers appropriate, or
- (d) recommend to the Lieutenant-Governor in Council that the judge be removed from office.

6.11(8) The Lieutenant-Governor in Council shall, on receipt of the Judicial Council's recommendation under paragraph (4)(d), remove the judge from office.

III. Facts

3

The respondent, a judge of the New Brunswick Provincial Court, was presiding over a sentencing hearing in *R. v. LeBreton*, [1998] N.B.J. No. 120 (QL). The two accused had been found guilty of several charges, including breaking and entering and theft, and both had extensive criminal records. When passing sentence on February 16, 1998, the respondent said this:

[TRANSLATION] These are people who live on welfare and we're the ones who support them; they are on drugs and they are drunk day in and day out. They steal from us left, right and centre and any which way, they find others as crooked as they are to buy the stolen property. It's a pitiful sight. If a survey were taken in the Acadian Peninsula, of the honest people as against the dishonest people, I have the impression that the dishonest people would win. We have now got to the point where we can no longer trust our neighbour next door or across the street. In the area where I live, I wonder whether I'm not myself surrounded by crooks. And, that is how people live in the Peninsula, but we point the finger at outsiders. Ah, we don't like to be singled out in the Peninsula. And it makes me sad to say this because I live in the Peninsula now. It's my home. But look at the honest people in the Peninsula, they are very few and far between, and they are becoming fewer and fewer. And do you think these people care that it cost hundreds and thousands of dollars

6.11(4) Le Conseil de la magistrature, en se fondant sur les conclusions du rapport et, le cas échéant, sur les représentations faites en vertu du paragraphe (3), peut

- a) rejeter la plainte,
- b) ordonner que le juge en chef adresse une réprimande au juge avec les conditions que le Conseil de la magistrature considère appropriées,
- c) lorsque la conduite du juge en chef est en cause, le réprimander avec les conditions que le Conseil de la magistrature considère appropriées, ou
- d) recommander au lieutenant-gouverneur en conseil que le juge soit démis de ses fonctions.

6.11(8) Le lieutenant-gouverneur en conseil doit, à la réception d'une recommandation du Conseil de la magistrature en vertu de l'alinéa (4), démettre le juge de ses fonctions.

III. Les faits

L'intimée, une juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, préside une audience de détermination de la peine dans l'affaire *R. c. LeBreton*, [1998] A.N.-B. n° 120 (QL). Les accusés ont été déclarés coupables relativement à plusieurs accusations, dont celles d'introduction par effraction et de vol, et ont tous deux un casier judiciaire fort chargé. Lors du prononcé de la sentence le 16 février 1998, l'intimée tient les propos suivants :

Ça c'est du monde ça vit sur le B.S., c'est nous autres qui les fait vivre, c'est sur la drogue à la journée longue puis c'est saoul à la journée longue. Ils nous volent left and right, de gauche à droite, en avant, en arrière, ils se trouvent d'autres personnes aussi bandits qu'eux autres pour acheter la marchandise volée, ça fait pitié. Si on prendrait un sondage dans la péninsule acadienne, le monde honnête puis malhonnête, j'ai l'impression que le malhonnête l'emporterait. On est rendu qu'on peut plus truster notre voisin d'à côté ni d'en avant. Dans le coin où-ce que je reste, je me demande si je suis pas entourée de bandits moi-même. Puis c'est de même qu'on vit dans la péninsule, mais on pointe le doigt à l'extérieur de la péninsule. Ah! Mais on aime pas se faire pointer le doigt dans la péninsule. Puis ça me fait du, de la peine de dire ça parce que je vis dans la péninsule asteur. C'est chez nous. Mais regardons le monde honnête dans la péninsule, ils sont très peu et très rare, puis ça devient de plus en plus peu et de plus en plus rare. Puis pensez-vous

to repair that? They don't give a damn. Are they going to pay for it? No, not a dime. All the money is spent on coke. These people, they don't give a damn. It doesn't bother them one bit, they just -- do you think you are going to arouse their sorrow and sympathy by saying that it costs hundreds and thousands of dollars. We, it bothers us because we are the ones who pay, because we have to wake up every morning and go to work. When we receive our paycheck, three quarters are taken away to support these people. They, don't care. They have nothing to do. They party all day and party all night and that's all they do. They don't care, not one bit. We on the other hand, we have to care because it is our property. These people, if they don't have enough they go to welfare and they get even more and that is how it works. So, I do not want to interrupt you, but I understand what you mean when you say that it cost thousands of dollars and counsel here understand, but the type of people we are dealing with here today in this courtroom, they couldn't care less. Whether it cost one thousand dollars to repair it or whether it cost only two cents, whether it requires six police officers to investigate, they find it funny. Their mentality is that "The pigs will not be at Tim's while they are chasing after us."

(As reproduced in the New Brunswick Court of Appeal judgment, *Conseil de la magistrature (N.B.) v. Moreau-Bérubé* (2000), 233 N.B.R. (2d) 205, 2000 NBCA 12, at para. 5, hereinafter *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.).)

Three days later, while presiding in an unrelated hearing, Judge Moreau-Bérubé made this apology:

[TRANSLATION] On Monday of this week, at the sentencing hearing of two gentlemen, I made certain remarks concerning honesty and dishonesty. I should point out that at the time, unlike this morning, I was speaking without prepared notes.

After court on Monday, in rethinking about my remarks, I quickly realized that I had made a serious mistake and that the words I had spoken in open court were not those that I intended to speak and that I had in mind. In other words, my words went beyond my thinking and I misspoke myself. I certainly had no intention of impugning the honesty of my fellow citizens of the

que du monde comme ça, ça care que ça coûte des centaines et des mille dollars pour réparer ça? Ils s'en foutent royalement eux autres. C'est-tu eux autres qui vont les payer? Non, ç'a pas une cent. L'argent passe sur la coke. Ils se foutent de ça royalement eux autres. Ça les dérange pas plus, ça fait qu'atten[d]--, pensez pas que vous allez avoir leur peine et leur sympathie en disant que ça coûte des centaines de piastres et des mille, mille piastres. Nous autres ça nous fait de quoi parce que c'est nous autres qui payent, parce qu'il faut qu'on se lève le matin puis on travaille. À chaque fois qu'on a notre chèque de paye y'en a trois quart qui décolle pour faire vivre ça, ce monde-là. Eux autres ça les dérange pas. Y'ont rien à faire. Ça foire dans le jour, ça, ça foire la nuit puis, puis c'est rien qu'ça qu'il[s] font eux autres. Ils carent pas eux autres. Ça les dérange pas, pas en toute. Nous autres on doit carer parce qu'on, c'est nos biens à nous autres. Eux autres, si ils n'ont pas assez, ils iront voir le B.S., ils vont leur en donner plus, c'est de même que ça marche. Ça fait que, je veux pas couper vos paroles là, mais moi je comprends qu'est-ce que vous voulez dire que ça coûte des milliers de dollars, puis les avocats ici comprennent, mais le genre de monde qu'on fait affaire avec aujourd'hui dans cette salle de cour icitte ils s'en foutent carrément et royalement. Que ça coût[e] mille piastres pour arranger ça, que ça n'en coûte deux cents, que ça prenne six polices pour enquêter, ils trouvent ça drôle eux autres. Leur mentalité: « Les chiens seront pas au Tim pendant qu'ils courent après nous autres. »

(Extrait reproduit dans l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, *Conseil de la magistrature (N.-B.) c. Moreau-Bérubé* (2000), 233 R.N.-B. (2^e) 205, 2000 NBCA 12, par. 5, ci-après *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.).)

Trois jours plus tard, alors qu'elle préside une autre audience, la juge Moreau-Bérubé présente les excuses suivantes :

Lundi de cette semaine, lors de prononcés de sentence concernant deux monsieur, j'ai fait certains commentaires quant [à] l'honnêteté et la malhonnêteté[é]. À noter qu'à ce temps, je ne parlais pas [à] l'aide d'un texte préparé comme ce matin.

Après la cour lundi, en repensant mes commentaires, j'ai vite réalisé que j'avais fait une grave erreur et que mes paroles dites en cour ouverte n'étaient pas celles que je voulais dire et que j'avais en tête. En d'autres mots, mes paroles avaient dépassé mes pensées et je m'étais très mal exprimé. Je n'avais certainement pas l'intention d'attaquer l'honnêteté de mes concitoyens

Acadian Peninsula. As a matter of fact, in a case preceding that of those two gentlemen, I had spoken of the kindness and generosity of people in this area who had given large sums of money to somebody who defrauded them. By my comments, I wanted to refer only to those directly or indirectly involved in these types of offences.

Fully realizing my mistake, at the Tuesday sentencing hearing, I tried to correct my mistake, but it is obvious to me that I did not make myself quite clear or precise and that some of my statements of Tuesday were not understood.

So, this morning, I very candidly, clearly and specifically offer my most sincere and profound apology to the people of the Acadian Peninsula and, in particular, to those I have offended. It was never my intention, because I am particularly concerned about the welfare of the people of this area.

I have never doubted and I have no doubt about the honesty and integrity of the people of the Acadian Peninsula. I made a huge mistake, I am human. I am profoundly sorry and I apologize sincerely. Thank you.

(As reproduced in *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 6.)

et concitoyennes de la péninsule acadienne. Justement, dans un dossier précédent celui des deux messieurs, j'avais parlé de la bonté et de la générosité des gens d'ici qui avaient donné de grosses sommes d'argent [à] une personne qui les avait fraudés. Par mes commentaires, je voulais toucher seulement [à] ceux et celles impliqués directement ou indirectement avec les infractions de ce genre.

Réalisant fort bien mon erreur, lors de l'imposition des peines mardi, j'ai tenté de corriger mon erreur mais il m'apparaît évident que je n'ai pas été assez claire ou précise et que certains de mes propos de mardi n'ont pas été retenus.

Alors, ce matin, de façon très candide, claire et précise, j'offre [mes] plus sincères et profondes excuses aux gens de la péninsule acadienne et particulièrement à ceux et celles que j'ai offensés. Nul n'était mon intention car j'ai beaucoup trop [à] cœur le bien-être des gens d'ici.

Je n'ai jamais douté et je ne doute aucunement de l'honnêteté et de l'intégrité des personnes de la péninsule acadienne. J'ai fait une énorme erreur, je suis humaine, je regrette profondément et je m'en excuse sincèrement. Merci!

(Extrait reproduit dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), précité, par. 6.)

5

The Judicial Council, a body created under the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, received several complaints about Judge Moreau-Bérubé's comments of February 16, 1998. These complaints alleged misconduct and that Judge Moreau-Bérubé was unable, in light of her comments, to continue to perform her duties as a Provincial Court judge. The complaints were investigated by the Chief Judge and reported to a designated member of the Council, pursuant to ss. 6.6(3) and 6.7(2) respectively. Guided by ss. 6.7(3), 6.9(1), 6.9(7) and 6.9(8) of the Act, the designated Council member recommended that an inquiry be held; a three-member inquiry panel was appointed, chaired by Mr. Justice Riordon, a judge of the New Brunswick Court of Queen's Bench, and also composed of Judge Pérusse of the Provincial Court and Ms. Susan Calhoun, and the panel determined that there was sufficient evidence to warrant a formal hearing. A formal complaint was drafted by the inquiry panel, pursuant to s. 6.9(10) of the Act, as follows:

Le Conseil de la magistrature, créé par la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, reçoit plusieurs plaintes au sujet des commentaires faits par la juge Moreau-Bérubé le 16 février 1998. On y allègue son inconduite et son inaptitude, par suite de ses commentaires, à continuer d'exercer ses fonctions de juge d'une cour provinciale. Le juge en chef examine les plaintes et fait rapport des résultats de son examen à un membre du Conseil désigné à cette fin, conformément aux par. 6.6(3) et 6.7(2), respectivement. Se fondant sur les par. 6.7(3), 6.9(1), 6.9(7) et 6.9(8) de la Loi, le membre désigné recommande la tenue d'une enquête. Est alors nommé un comité d'enquête de trois membres, présidé par le juge Riordon, de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, et composé également du juge Pérusse, de la Cour provinciale, et de M^{me} Susan Calhoun. Le comité décide qu'il y a preuve suffisante pour autoriser la tenue d'une audition formelle. Il rédige, conformément au par. 6.9(10) de la Loi, la plainte formelle en ces termes :

[TRANSLATION] 1. THAT Her Honour Judge Jocelyne J. Moreau-Bérubé committed a misconduct on or about February 16, 1998, at Tracadie-Sheila, in the province of New Brunswick, as a result of remarks she made about the honesty of residents of the Acadian Peninsula at a sitting of the Provincial Court in the Acadian Peninsula.

2. THAT as a result of the remarks she made about the honesty of the residents of the Acadian Peninsula, Her Honour Judge Jocelyne J. Moreau-Bérubé is no longer able to perform her duties as a judge.

(As reproduced in *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 12.)

As dictated by s. 6.11(1) of the Act, the panel was then required to conduct an inquiry and report its findings “of fact and its findings as to the allegations of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties of the judge whose conduct is in question”. To this end, the panel was required under s. 6.10(1) to hear and accept any relevant evidence, even if not admissible under normal trial rules within the province of New Brunswick (as per s. 8 of the *Inquiries Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-11). The panel heard 17 witnesses, and 25 documents were filed.

The majority of the panel (Riordon J. and Ms. Susan Calhoun) made the following relevant findings of fact:

[TRANSLATION] I must therefore conclude that the comments made by Judge Moreau-Bérubé during a trial in Tracadie-Sheila on February 16, 1998 constitute inappropriate judicial expression. The remarks were incorrect, useless, insensitive, insulting, derogatory, aggressive and inappropriate. That they were made by a judge makes them even more inappropriate and aggressive. My conclusion is therefore that the remarks made by Judge Moreau-Bérubé constitute and amount to misconduct on her part. By uttering those remarks, Judge Moreau-Bérubé exceeded what is considered appropriate judicial conduct and made comments denigrating the honesty of the residents of the Acadian Peninsula while she was presiding a trial.

1. QUE son Honneur le juge Jocelyne J. Moreau-Bérubé s’est rendue coupable d’inconduite le 16 février 1998 ou vers cette date à Tracadie-Sheila, au Nouveau-Brunswick lors d’une audience de la Cour provinciale dans la péninsule acadienne, en prononçant des remarques à l’égard de l’honnêteté des résidents de la péninsule acadienne;

2. QU’en vertu des remarques à l’égard de l’honnêteté des résidents de la péninsule acadienne prononcées par son Honneur le juge Jocelyne J. Moreau-Bérubé, le juge s’est rendue inapte à exercer ses fonctions de juge.

(Extrait reproduit dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), précité, par. 12.)

Comme le prescrit le par. 6.11(1) de la Loi, le comité doit alors mener une enquête et faire rapport de ses conclusions « de fait et de ses conclusions concernant les allégations portées contre le juge dont la conduite est en cause concernant son inconduite, sa négligence de remplir ses devoirs ou son inaptitude à exécuter ses fonctions ». À cette fin, il doit, aux termes du par. 6.10(1), entendre et recevoir toute preuve pertinente, même si elle n’est pas admissible suivant les règles habituelles applicables aux procès au Nouveau-Brunswick (conformément au par. 8 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-11). Le comité entend 17 témoins, et 25 documents sont déposés.

Les membres majoritaires du comité (le juge Riordon et M^{me} Susan Calhoun) tirent les conclusions de fait pertinentes suivantes :

Je dois donc conclure que les commentaires faits par le Juge Moreau-Bérubé au cours du procès à Tracadie-Sheila le 16 février 1998 constitue[nt] une expression juridique déplacée. Les commentaires étaient incorrects, inutiles, insensibles, insultants, dérogatoires, agressants et inappropriés. Qu’ils aient été prononcés par un juge les rend encore moins approprié[s] et agressants. Mes conclusions sont donc que les commentaires faits par le Juge Moreau-Bérubé constituent et démontrent une inconduite de la part du Juge Moreau-Bérubé. En émettant de tels commentaires, le Juge Moreau-Bérubé a dépassé ce qui est considéré une conduite juridique appropriée et a émis des remarques dénigrantes à l’égard de l’honnêteté des résidents de la Péninsule acadienne alors qu’elle présidait un procès.

6

7

In determining whether Judge Moreau-Bérubé was biased in behaving the way she did, which would lead to a lack of public confidence in her, we have to consider whether she has established beliefs which may be an obstacle in deciding cases impartially and with an open mind. We have to determine if the inappropriate remarks made in this case amount to judicial misconduct warranting her removal from office.

In applying the test, taking into account all the evidence and interpretations concerning this complaint, it is my finding that the conduct of Judge Jocelyne J. Moreau-Bérubé does not warrant her removal from office.

I find that bias or the appearance of bias has not been established nor have the consequences leading to a loss of public confidence.

Upon considering all of the evidence adduced, I am not ready to find that Judge Moreau-Bérubé has an established belief or conviction that residents of the Acadian Peninsula are dishonest nor that her neighbours are not trustworthy nor even that there are few honest people in the Acadian Peninsula.

It has not been established upon my perusal of all this evidence that Judge Moreau-Bérubé holds a strong belief detrimental or potentially detrimental to her impartiality in deciding various cases.

(As reproduced in *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 22 (emphasis deleted).)

8

The majority of the panel concluded that the comments uttered by Judge Moreau-Bérubé did constitute misconduct, but that she was still able to perform her duties as a judge. They recommended that Judge Moreau-Bérubé should receive a reprimand. The minority (Judge Pérusse) found that the comments, in the circumstances of the case, did not constitute misconduct. The panel was unanimous that Judge Moreau-Bérubé was able to continue exercising her judicial duties.

9

Pursuant to ss. 6.11(2) and 6.11(3) of the Act, the report of the inquiry panel was presented to the Council for a decision, and a copy was sent to Judge

Sur la question de savoir si le Juge Moreau-Bérubé a démontré de la partialité en agissant de telle façon, laquelle résulterait en un manque de confiance au niveau du public, il nous faut considérer si oui ou non elle a des croyances établies pouvant nuire à juger des cas de façon impartiale et avec ouverture d'esprit. Il est à déterminer si les commentaires inopportuns faits dans ce cas constituent une inconduite juridique qui justifie la révocation de son poste.

En appliquant le test, en considérant toute l'évidence et les interprétations concernant la plainte actuelle, c'est ma conclusion que la conduite du Juge Jocelyne J. Moreau-Bérubé ne justifie pas une révocation de son poste.

C'est ma conclusion que la partialité ou l'apparence de partialité n'a pas été démontrée, ni même que les conséquences conduisant à un manque de confiance de la part du public n'ont été établies.

À la suite de mon évaluation de toute la preuve présentée, je ne suis pas prêt à conclure que le Juge Moreau-Bérubé a une croyance établie ou une conviction que les résidents de la Péninsule acadienne sont malhonnêtes ni que ses voisins ne sont pas dignes de confiance ni même qu'il y ait peu de gens honnêtes dans la Péninsule acadienne.

Il n'a pas pu être établi à la suite de mon tour d'horizon sur tous ces éléments, que le Juge Moreau-Bérubé démontre une croyance ferme nuisant ou pouvant nuire à son impartialité dans ses jugements sur les différentes causes.

(Extrait reproduit dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), précité, par. 22 (soulignement supprimé).)

Les membres majoritaires du comité concluent que les commentaires de la juge Moreau-Bérubé constituent une inconduite, mais qu'elle est toujours apte à exercer ses fonctions de juge. Ils recommandent une réprimande. Le membre minoritaire (le juge Pérusse) estime que, dans les circonstances de l'affaire, ces commentaires ne constituent pas une inconduite. Le comité est unanimement d'avis que la juge Moreau-Bérubé est apte à continuer d'exercer ses fonctions judiciaires.

Conformément aux par. 6.11(2) et 6.11(3) de la Loi, le rapport du comité d'enquête est présenté au Conseil pour décision et copie est envoyée à la juge

Moreau-Bérubé so that she could make informed representations before the Council. The Council received her submissions pursuant to s. 6.11(3) of the Act, and her counsel argued that the formal complaint should be dismissed.

Despite findings by the panel that Judge Moreau-Bérubé did not have a pre-established belief or conviction that residents of the Acadian Peninsula are dishonest or untrustworthy, the Council characterized the issue before it as follows:

[TRANSLATION] . . . given the finding of misconduct by the panel, the real issue before the Council is whether there is a reasonable apprehension that Judge Moreau-Bérubé would not be able to act in a completely impartial manner in the performance of her duties because of not being able to set aside the pre-conceived opinions and ideas that she expressed when making a determination based on the evidence in a given case.

(As reproduced in *Conseil de la magistrature (N.-B.) v. Moreau-Bérubé* (1999), 218 N.B.R. (2d) 256, at para. 39 (emphasis deleted), hereinafter *Moreau-Bérubé* (N.B.Q.B.).)

Section 6.11(4) dictates that, “[b]ased on the findings contained in the report and the representations, if any, made under subsection (3), the Judicial Council may

- (a) dismiss the complaint,
- (b) direct the chief judge to issue a reprimand to the judge with such conditions as the Judicial Council considers appropriate,
- (c) where the conduct of the chief judge is in question, reprimand the chief judge with such conditions as the Judicial Council considers appropriate, or
- (d) recommend to the Lieutenant-Governor in Council that the judge be removed from office.”

The Council recommended that Judge Moreau-Bérubé be removed from her office as judge. In doing so, the Council followed the criterion established with regard to apprehension of bias in the Marshall Report (*Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act*

Moreau-Bérubé pour qu’elle puisse présenter ses observations devant le Conseil en toute connaissance de cause. Le Conseil les reçoit en vertu du par. 6.11(3) de la Loi et l’avocat de la juge soutient que la plainte formelle devrait être rejetée.

Malgré les conclusions du comité selon lesquelles la juge Moreau-Bérubé n’avait pas la croyance établie ou la conviction que les résidents de la péninsule acadienne sont malhonnêtes ou indignes de confiance, le Conseil décrit ainsi la question dont il est saisi :

. . . vu la conclusion d’inconduite du Comité d’enquête, la véritable question qu’il incombe au Conseil de trancher est de savoir s’il existe une crainte raisonnable que la juge Moreau-Bérubé ne pourrait pas agir de façon complètement impartiale en s’acquittant des fonctions de sa charge puisqu’elle ne pourrait pas mettre de côté les opinions et idées préconçues qu’elle a exprimées pour parvenir à une décision fondée sur la preuve dans une affaire donnée.

(Extrait reproduit dans *Conseil de la magistrature (N.-B.) c. Moreau-Bérubé* (1999), 218 R.N.-B. (2^e) 256, par. 39 (soulignement supprimé), ci-après *Moreau-Bérubé* (B.R.N.-B.).)

Le paragraphe 6.11(4) prescrit que « [l]e Conseil de la magistrature, en se fondant sur les conclusions du rapport et, le cas échéant, sur les représentations faites en vertu du paragraphe (3), peut

- a) rejeter la plainte,
- b) ordonner que le juge en chef adresse une réprimande au juge avec les conditions que le Conseil de la magistrature considère appropriées,
- c) lorsque la conduite du juge en chef est en cause, le réprimander avec les conditions que le Conseil de la magistrature considère appropriées, ou
- d) recommander au lieutenant-gouverneur en conseil que le juge soit démis de ses fonctions. »

Le Conseil recommande la révocation de la juge Moreau-Bérubé. Il applique ainsi le critère de la crainte de partialité établi dans le rapport Marshall (*Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le comité d’enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d’une demande*

10

11

12

at the Request of the Attorney General of Nova Scotia (August 1990)) and asked [TRANSLATION] “[i]s the conduct alleged so manifestly and profoundly destructive of the concept of the impartiality, integrity and independence of the judicial role, that public confidence would be sufficiently undermined to render the judge incapable of executing the judicial office?” (As reproduced in *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 22.) Based on these criteria, and on a series of factors that, in its view, a reasonable observer would consider in rendering an informed judgment about an apprehension of bias, the Council came to the following conclusion:

[TRANSLATION] Taking into account all the circumstances surrounding this matter and applying the foregoing tests and the principles of judicial impartiality and independence established by the Supreme Court of Canada in the cases referred to, we believe that in the event that Judge Moreau-Bérubé were to preside over a trial, a reasonable and well-informed person would conclude that the misconduct of the judge has undermined public confidence in her and would have a reasonable apprehension that she would not perform her duties with the impartiality that the public is entitled to expect from a judge.

Accordingly, we recommend that she be removed from office.

(As reproduced in *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 90.)

13

After becoming aware of the Council’s decision, the respondent wrote the provincial Cabinet, asking for a stay of her removal while she applied for judicial review. Nevertheless, the Cabinet removed the judge pursuant to s. 6.11(8), which states:

The Lieutenant-Governor in Council shall, on receipt of the Judicial Council’s recommendation under paragraph (4)(d), remove the judge from office.

14

The respondent filed an application for judicial review of the Council’s decision before the New Brunswick Court of Queen’s Bench, and the Council’s recommendation was quashed. The majority of the New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal (*Rice and Ryan J.J.A.*), Drapeau J.A. dissenting.

du procureur général de la Nouvelle-Écosse (août 1990)) et se demande ceci : « [l]a conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d’impartialité, d’intégrité et d’indépendance de la justice qu’elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s’acquitter de ses fonctions de sa charge? » (Extrait reproduit dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), précité, par. 22.) Se fondant sur ces critères et sur une série de facteurs dont, selon lui, un observateur raisonnable tiendrait compte pour rendre un jugement éclairé sur la crainte de partialité, le Conseil en vient à la conclusion suivante :

En tenant compte de toutes les circonstances entourant la présente affaire et en appliquant les critères énoncés plus haut ainsi que les principes touchant l’impartialité et l’indépendance judiciaire établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts déjà cités, nous sommes d’avis que dans l’éventualité où la juge Moreau-Bérubé présiderait un procès, une personne raisonnable et bien renseignée conclurait que l’inconduite de la juge a miné la confiance du public à son endroit et elle éprouverait une crainte raisonnable que la juge ne s’acquitte pas de ses fonctions avec l’impartialité que le public est en droit de s’attendre d’un juge.

En conséquence nous recommandons sa révocation.

(Extrait reproduit dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), précité, par. 90.)

Après avoir pris connaissance de la décision du Conseil, l’intimée écrit au Cabinet provincial pour solliciter la suspension de sa révocation dans l’attente de l’issue de sa requête en révision judiciaire. Toutefois, le Cabinet la révoque en vertu du par. 6.11(8), qui prévoit :

Le lieutenant-gouverneur en conseil doit, à la réception d’une recommandation du Conseil de la magistrature en vertu de l’alinéa (4), démettre le juge de ses fonctions.

L’intimée dépose une requête en révision judiciaire de la décision du Conseil devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, qui annule la recommandation du Conseil. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Rice et Ryan) rejettent l’appel, le juge Drapeau étant dissident.

IV. The Courts Below

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1999), 218 N.B.R. (2d) 256

The application for judicial review of the Council's decision came before Angers J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench. The Judicial Council's decision was quashed on two main grounds. First, Angers J. found that the rules of natural justice, in particular the principle of *audi alteram partem*, had been breached since the respondent had never been advised that a penalty more severe than the one recommended by the panel could be imposed by the Council. Angers J. suggested that it was a fundamental principle that a tribunal imposing a more substantial penalty than the one which had been recommended on a joint submission, or, as in this case, by a panel committee, should indicate that it is considering such a penalty and request submissions thereon (*Michaud v. Institut des comptables agréés (N.-B.)* (1994), 149 N.B.R. (2d) 328 (C.A.); *College of Physicians and Surgeons (Ont.) v. Petrie* (1989), 32 O.A.C. 248 (Div. Ct.); *Jackson v. Saint John Regional Hospital* (1993), 136 N.B.R. (2d) 64 (C.A.); S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at pp. 212-13).

Angers J. found that Judge Moreau-Bérubé had no reason to suspect that dismissal was being considered as a possible sanction. Dismissal had not been suggested during the hearing, and she had never been expressly informed that it was being considered. Moreover, while the Council had the discretion to suspend Judge Moreau-Bérubé pending its decision, she had been allowed to continue hearing cases for some 14 months after the impugned remarks were made (although, as I note later, she had been reassigned to a different district). Angers J. concluded it was a breach of natural justice not to have requested her to make submissions with the understanding that a dismissal was being considered. As he stated at para. 27:

[TRANSLATION] . . . the defence or acceptance of a reprimand is one thing, removal from office is an entirely

IV. Les cours d'instance inférieure

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1999), 218 R.N.-B. (2^e) 256

C'est le juge Angers, de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, qui est saisi de la requête en révision judiciaire présentée contre la décision du Conseil. Le juge Angers annule la décision du Conseil pour deux motifs principaux. Premièrement, il conclut qu'il y a contravention aux règles de justice naturelle, notamment à la règle *audi alteram partem*, étant donné que l'intimée n'a jamais été informée que le Conseil pouvait lui imposer une sanction plus sévère que celle recommandée par le comité. Selon lui, il existe un principe fondamental suivant lequel le tribunal administratif qui impose une sanction plus sévère que celle faisant l'objet d'une recommandation conjointe ou, comme en l'espèce, d'une recommandation d'un comité d'enquête, doit laisser savoir qu'il envisage une telle sanction et doit solliciter des observations à cet égard (*Michaud c. Institut des comptables agréés (N.-B.)* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 328 (C.A.); *College of Physicians and Surgeons (Ont.) c. Petrie* (1989), 32 O.A.C. 248 (C. div.); *Jackson c. Saint John Regional Hospital* (1993), 136 R.N.-B. (2^e) 64 (C.A.); S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), p. 212-213).

Selon le juge Angers, la juge Moreau-Bérubé n'avait aucune raison de soupçonner la possibilité de la révocation comme sanction. Il n'en a pas été question à l'audience, et la juge Moreau-Bérubé n'en a jamais été informée expressément. De plus, même s'il avait le pouvoir discrétionnaire de la suspendre avant de rendre sa décision, le Conseil a permis à la juge Moreau-Bérubé de continuer à entendre des affaires pendant environ 14 mois après qu'elle eut émis les commentaires contestés (quoique, comme je le souligne plus loin, elle ait été mutée à un autre district). Le juge Angers conclut qu'en ne lui demandant pas de présenter des arguments tenant compte de la possibilité de révocation, on a violé les règles de justice naturelle. Comme il le déclare au par. 27 :

. . . la défense ou l'acceptation d'une réprimande est une chose, la destitution une autre tout à fait différente. Il

15

16

different matter. It is inconceivable to me that a judge would be removed from office without having been able to defend against such action since he or she did not receive any indication of such threat, except as a mere possibility under the Act.

17

As the second ground for quashing the decision of the Council, Angers J. found that the Council had exceeded its jurisdiction by ignoring findings of fact made by the panel, which included the finding that Judge Moreau-Bérubé was able to continue performing her judicial duties. Based on s. 6 of the Act, Angers J. found that the Council has the power to remove a judge simply for misconduct, and does not have to base a dismissal on a finding by the panel that the judge is unable to perform her duties as a judge. However, given that the Council had identified as a basis for her dismissal that Judge Moreau-Bérubé [TRANSLATION] “would not be able to act in a completely impartial manner in the performance of her duties because of not being able to set aside the pre-conceived opinions and ideas that she expressed when making a determination based on the evidence in a given case” (see *Moreau-Bérubé* (N.B.Q.B.), *supra*, at para. 39 (emphasis deleted)), Angers J. concluded the Council had overruled certain findings of fact made by the panel. In this respect, Angers J. stated, at para. 41-42:

[TRANSLATION] Now, the panel had expressly concluded that the judge did not have preconceived notions, that she did not really believe what she had said, that she did not have any “firm belief or conviction” in the remarks she had made. The remarks were spontaneous and off the cuff, in the context of passing sentence at the end of a particularly busy day.

In my opinion, under the Act, the Council was bound by the panel’s findings of fact and therefore it exceeded its jurisdiction in finding that the judge had expressed “pre-conceived opinions or beliefs”.

18

Although he concluded that proper notice had not been given to the Attorney General, as required, Angers J. briefly discussed the constitutionality of the *Provincial Court Act* provisions which grant the power to remove a judge from office. He held the matter had been settled in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of*

m’apparaît inconcevable qu’un juge soit destitué sans jamais avoir pu se défendre contre une telle action parce qu’il n’a reçu aucune indication d’une telle menace, sauf l’existence d’une possibilité selon la Loi.

Le deuxième motif d’annulation de la décision du Conseil invoqué par le juge Angers est que le Conseil a outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité, notamment la conclusion selon laquelle la juge Moreau-Bérubé était apte à continuer d’exercer ses fonctions judiciaires. Se fondant sur l’art. 6 de la Loi, il estime que le Conseil a le pouvoir de révoquer un juge pour simple inconduite sans devoir s’appuyer sur une conclusion du comité selon laquelle le juge est inapte à exercer ses fonctions. Toutefois, comme le Conseil a mentionné comme motif de la révocation que la juge Moreau-Bérubé « ne pourrait pas agir de façon complètement impartiale en s’acquittant des fonctions de sa charge puisqu’elle ne pourrait pas mettre de côté les opinions et idées préconçues qu’elle a exprimées pour parvenir à une décision fondée sur la preuve dans une affaire donnée » (voir *Moreau-Bérubé* (B.R.N.-B.), précité, par. 39 (soulignement supprimé)), le juge Angers conclut que le Conseil a écarté certaines conclusions de fait du comité. Il déclare à cet égard (aux par. 41-42) :

Or, le comité avait expressément conclu que le juge n’avait pas d’idées préconçues, qu’elle ne croyait pas à ce qu’elle avait dit, qu’elle n’avait pas « une croyance établie ou une conviction » dans les paroles qu’elle avait prononcées. Les paroles étaient spontanées et à l’improviste dans le contexte d’une sentence après une journée particulièrement chargée.

À mon avis, le Conseil était lié par la Loi aux conclusions de faits de son comité et a donc outrepassé sa compétence en concluant que le juge avait exprimé des « opinions et idées préconçues ».

Même s’il conclut que le procureur général n’avait pas reçu l’avis requis, le juge Angers aborde brièvement la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur la Cour provinciale* attributives du pouvoir de révoquer un juge. D’après lui, la question a été réglée dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-*

Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3, where this Court recognized that removal of a provincial court judge from office did not have to be done by a legislative or executive body, and that a system such as the one in New Brunswick where the Lieutenant-Governor in Council is bound by a decision of the Judicial Council does not violate security of tenure of provincial court judges.

B. *New Brunswick Court of Appeal* (2000), 233 N.B.R. (2d) 205, 2000 NBCA 12

(1) Majority Judgment (Rice and Ryan J.J.A.)

The decision of Angers J. was appealed to the New Brunswick Court of Appeal on a number of grounds, including the following two:

1. The judge committed an error in law in finding that the Council had exceeded its jurisdiction and violated the rules of natural justice by not respecting the *audi alteram partem* rule.
2. The judge committed an error in law by concluding the Council had exceeded its jurisdiction in ignoring certain findings of fact made by the inquiry panel.

On the first issue, the majority of the Court of Appeal concluded at para. 34:

[TRANSLATION] . . . the reviewing judge was right in concluding that the Council had not observed this principle of natural justice. In my opinion, given the circumstances of this matter, the Council had to advise Judge Moreau-Bérubé that the penalty recommended by the panel could be disregarded by the Council and that she was liable to a more substantial penalty such as removal from office.

With regard to the second ground for appeal, the majority agreed with Angers J. that the Council committed a jurisdictional error by ignoring certain findings of fact made by the inquiry panel. While the Council may not be bound by recommendations made by the panel with regard to an appropriate sanction, the majority of the Court of Appeal concluded that findings of fact by the inquiry panel should have been afforded a high degree of deference. Rice J.A. reproduced at para. 37 the following from the Council's decision:

Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3, où la Cour a reconnu qu'il n'était pas nécessaire que la révocation d'un juge d'une cour provinciale soit faite par le corps législatif ou exécutif et qu'un régime en vertu duquel le lieutenant-gouverneur en conseil est lié par la décision du Conseil de la magistrature, comme au Nouveau-Brunswick, ne portait pas atteinte à l'immovibilité des juges des cours provinciales.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (2000), 233 R.N.-B. (2^e) 205, 2000 NBCA 12

(1) Les motifs de la majorité (les juges Rice et Ryan)

On conteste la décision du juge Angers devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en invoquant plusieurs moyens d'appel, dont les deux suivants :

1. Le juge a commis une erreur de droit en concluant que le Conseil avait outrepassé sa compétence et violé les règles de justice naturelle en ne respectant pas la règle *audi alteram partem*.
2. Le juge a commis une erreur de droit en concluant que le Conseil avait outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité d'enquête.

Sur la première question, la majorité de la Cour d'appel conclut (au par. 34) :

. . . le juge saisi de la requête en révision a eu raison de conclure que le Conseil n'avait pas respecté ce principe de justice naturelle. Le Conseil se devait, à mon avis, compte tenu des circonstances entourant cette affaire, d'aviser le juge Moreau-Bérubé que la sanction recommandée par le comité pourrait ne pas être retenue par le Conseil et qu'une sanction plus sévère, telle qu'une destitution, pouvait lui être imposée.

Quant au deuxième moyen d'appel, les juges majoritaires conviennent avec le juge Angers que le Conseil a commis une erreur de compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité d'enquête. Il est vrai que le Conseil n'est peut-être pas lié par les recommandations du comité quant à la sanction appropriée, mais la majorité de la Cour d'appel juge que les conclusions de fait du comité auraient dû être traitées avec une grande retenue. Le juge Rice reproduit au par. 37 l'extrait suivant de la décision du Conseil :

19

20

21

[TRANSLATION] With all due respect for the opinion of the members of the majority, we are of the view that the panel is not empowered nor authorized to make such recommendations and that it therefore exceeded its powers. As a result, we feel it is necessary to state that the Council is not bound by the Panel's decision to make recommendations nor by the recommendations themselves. On the other hand, the Council adheres to the highest standard of deference as to the factual findings contained in the inquiry report submitted to it.

22 However, according to the majority, the Council did much more than simply disagree with recommendations made by the panel as to the sanction. Rather, the Council largely ignored certain findings of fact, replacing those with conclusions of their own. Rice J.A. referred to two key passages on that point at para. 40:

[TRANSLATION] In light of the foregoing tests and given the finding of misconduct by the Panel, the real issue before the Council is whether there is a reasonable apprehension that Judge Moreau-Bérubé would not be able to act in a completely impartial manner in the performance of her duties because of not being able to set aside the preconceived opinions and ideas that she expressed when making a determination based on the evidence in a given case.

... Finally, we believe such a reasonable person would have to take into account the extreme seriousness and vehemence of the statements made by the judge, the fact that they attacked an entire community and went to the very core of the sense of integrity and honour of its every member, that the statements were made spontaneously and extemporaneously, but that given the length and the vehemence of her remarks, that they could not have been completely without thought. [Emphasis by Rice J.A.]

23 Since the inquiry panel had found that the judge had no preconceived or fixed idea with respect to the people of the Acadian Peninsula, Rice J.A. noted at para. 41 that:

[TRANSLATION] It obviously flows from the foregoing that not only did the Council fail to recognize the jurisdiction of the panel to determine if the respondent was

Or, avec égards pour l'opinion contraire des membres majoritaires, nous sommes d'avis que le Comité d'enquête ne jouit d'aucun pouvoir ni autorité pour faire de telles recommandations et qu'il a ainsi outrepassé ses pouvoirs. Devant cet état de choses, il nous paraît donc nécessaire de préciser que le Conseil n'est aucunement lié par la décision du Comité d'enquête de faire des recommandations ni par la teneur de ces recommandations. Par ailleurs, le Conseil adopte la norme de la plus grande retenue en ce qui concerne les conclusions factuelles contenues dans le rapport d'enquête qui lui a été soumis.

Cependant, selon la majorité, le Conseil est allé beaucoup plus loin que la simple expression de son désaccord avec les recommandations du comité quant à la sanction. En effet, il a écarté en grande partie certaines conclusions de fait, les remplaçant par ses propres conclusions. Le juge Rice a fait référence à deux extraits importants sur ce point (au para. 40) :

À la lumière des critères énoncés ci-dessus et vu la conclusion d'inconduite du Comité d'enquête, la véritable question qu'il incombe au Conseil de trancher est de savoir s'il existe une crainte raisonnable que la juge Moreau-Bérubé ne pourrait pas agir de façon complètement impartiale en s'acquittant des fonctions de sa charge puisqu'elle ne pourrait pas mettre de côté les opinions et idées préconçues qu'elle a exprimées pour parvenir à une décision fondée sur la preuve dans une affaire donnée.

... Enfin, selon nous, cette personne raisonnable devrait tenir compte de la gravité extrême et de la véhémence des propos tenus par la juge; le fait qu'ils atteignaient toute une communauté au plus profond de leur sens individuel de l'intégrité et de l'honneur, qu'ils ont été exprimés de façon spontanée, sans que la juge ne dispose d'un texte, mais vu la longueur du discours et la véhémence des propos, ceux-ci ne pourraient être complètement irréflichs. [Souligné par le juge Rice.]

Comme le comité d'enquête a conclu que la juge Moreau-Bérubé n'avait aucune idée préconçue ou arrêtée relativement aux gens de la péninsule acadienne, le juge Rice souligne au para. 41 :

Il ressort à l'évidence de ce qui précède que le Conseil a non seulement négligé de reconnaître la compétence du comité pour décider si l'intimée était apte à exercer sa

fit to perform her duties as a judge, but it even altered its findings with respect to the heedlessness of the remarks and the preconceived and fixed ideas of the judge as I have highlighted by underlining the relevant lines.

In light of this apparent “override” by the Council of the findings of fact made by the inquiry panel, the majority of the Court of Appeal concluded that the judgment of Angers J. quashing the dismissal was within his discretionary power. The majority held that the Council should have deferred to the panel in the same way that an appellate court must show deference in examining the findings of fact of a trial judge. In this case, Rice J.A. concluded the findings of fact by the inquiry panel were [TRANSLATION] “amply supported by the evidence” and [TRANSLATION] “[g]iven that evidence, they are consistent and irrefutable” (para. 45).

The majority of the Court of Appeal found no merit in the constitutional challenge and upheld the decision of Angers J.

(2) Dissenting Judgment

Drapeau J.A. concluded, as the majority did, that the constitutional challenge should be dismissed, but disagreed on the other two issues.

On the question of whether the Council exceeded its jurisdiction by ignoring certain findings of fact made by the inquiry panel, Drapeau J.A. decided that the heart of the issue was in the meaning to be given the words “based on” in s. 6.11(4), and whether it placed some obligation on the Judicial Council, or merely provided a foundation to assist the Council in its decision-making process.

Drapeau J.A. found no similarity between the expression “based on” and the expression “bound by”, and suggested that the former would more appropriately be compared to “taking into account”. According to the dissenting judge, equating the words “based on” with “bound by” creates a number of inconsistencies within the Act, including:

fonction de juge, mais a même modifié les conclusions du comité au chapitre de la teneur irréfléchie des commentaires et les idées préconçues et arrêtées du juge tel que je l’ai fait ressortir en soulignant les lignes pertinentes.

Compte tenu de cette apparente « absence de prise en considération » par le Conseil des conclusions de fait du comité d’enquête, la majorité de la Cour d’appel conclut qu’il est du pouvoir discrétionnaire du juge Angers d’annuler la révocation. De l’avis de la majorité, le Conseil aurait dû faire preuve de retenue à l’égard du comité de la même façon que le tribunal d’appel doit le faire lorsqu’il examine les conclusions de fait du juge de première instance. En l’espèce, le juge Rice estime que les conclusions de fait du comité d’enquête sont « amplement appuyées par la preuve » et « cohérentes et incontestables compte tenu de cette preuve » (par. 45).

La majorité de la Cour d’appel juge sans fondement la contestation constitutionnelle et confirme la décision du juge Angers.

(2) Les motifs du juge dissident

Le juge Drapeau conclut au rejet de la contestation constitutionnelle comme les juges majoritaires, mais il exprime son désaccord quant aux deux autres questions.

Selon le juge Drapeau, la question de savoir si le Conseil a outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité d’enquête repose principalement sur le sens à donner au terme « en se fondant sur » figurant au par. 6.11(4) et sur la question de savoir si cette disposition impose une obligation au Conseil de la magistrature ou si elle sert seulement de fondement pour l’aider à prendre ses décisions.

Le juge Drapeau ne trouve aucune synonymie entre l’expression « en se fondant sur » et celle « étant lié par ». À son avis, il convient plutôt de comparer la première à « en tenant compte de ». Selon le juge dissident, assimiler le terme « en se fondant sur » à celui « étant lié par » a pour effet d’introduire des contradictions dans la Loi, notamment celles-ci :

24

25

26

27

28

(i) Subsection 6.11(2) of the Act clearly provides that the panel report is to be rendered to the Council “for a decision”, and the Act does not indicate anywhere that any other group or individual, including the inquiry panel, should have jurisdiction in this regard. If the Council was “bound” by findings of the panel with regard to the ability of Moreau-Bérubé J. to continue her duties as a judge, that decision would have effectively been made by the panel and not the Council.

(ii) Subsection 6.11(3) grants the subject of the inquiry the right to make representations “respecting the report”, which would be an empty and illusionary right if the findings of the panel were in any way entrenched and binding on the Council.

(iii) Under s. 6.11(4), the Council is to make a decision “based on” not only the panel’s report, but also representations made by the judge pursuant to s. 6.11(3). Thus, if the words “based on” are to be read as equivalent to “bound by”, the Council would be obligated to render a sanction based on whatever the judge’s submissions “respecting the report” happened to be.

(My summary of Drapeau J.A., at paras. 135-141)

29

According to Drapeau J.A., a more pragmatic approach to interpreting the words “based on” in s. 6.11(4) compels the Council [TRANSLATION] “to accept neither the findings of the panel nor the representations of the judge whose conduct is in question, while acknowledging that the Council has the jurisdiction to attach such importance to either of these influences as it deems appropriate given the particular circumstances of each individual case” (para. 142). Drapeau J.A. found that Angers J. erred in principle in ruling that the Council had exceeded its jurisdiction in this regard, and further found that the Council was not patently unreasonable in choosing not to adopt all the findings of the panel. Since Judge Moreau-Bérubé had never testified under oath, Drapeau J.A. felt that the Council was in as

(i) Le paragraphe 6.11(2) de la Loi prévoit clairement que le rapport du comité doit être présenté au Conseil « pour décision », et la Loi ne prévoit nulle part qu’un autre groupe ou qu’une autre personne a compétence à cet égard, pas même le comité d’enquête. Si le Conseil était « lié » par les conclusions du comité d’enquête quant à l’aptitude de la juge Moreau-Bérubé à continuer d’exercer ses fonctions de juge, cette décision aurait été effectivement prise par le comité, et non par le Conseil.

(ii) Le paragraphe 6.11(3) accorde à la personne visée par l’enquête le droit de faire des représentations « concernant le rapport », droit qui serait dénué de sens et illusoire si les conclusions du comité étaient immuables et liaient le Conseil.

(iii) En vertu du par. 6.11(4), le Conseil doit prendre une décision « en se fondant sur » non seulement sur le rapport du comité, mais également sur les représentations faites par le juge aux termes du par. 6.11(3). Par conséquent, si on interprétait l’expression « en se fondant sur » comme étant l’équivalent de « étant lié par », le Conseil serait tenu d’imposer une sanction en se fondant sur les représentations du juge « concernant le rapport », quelles qu’elles soient.

(Je résume les par. 135-141 des motifs du juge Drapeau.)

D’après le juge Drapeau, une approche plus pragmatique de l’interprétation du terme « en se fondant sur » figurant au par. 6.11(4) permet au Conseil de « [n]’accepter ni les conclusions du comité d’enquête, ni les représentations du juge concerné tout en reconnaissant au Conseil la compétence d’attribuer à l’une ou l’autre de ces influences l’importance qu’il juge opportune, compte tenu des circonstances particulières de chaque affaire qu’il doit trancher » (par. 142). Le juge Drapeau conclut que le juge Angers a commis une erreur de principe en jugeant que le Conseil a outrepassé sa compétence à cet égard. Il conclut également que le Conseil n’a pas agi de façon manifestement déraisonnable en choisissant de ne pas adopter toutes les conclusions du comité. Comme la juge

good a position as the panel to draw conclusions about any preconceived opinions or fixed beliefs Judge Moreau-Bérubé might have, or whether her statements had created an appearance of bias such as to undermine the public trust in her as a judge.

Drapeau J.A. also disagreed with the majority on whether the Council properly respected the rules of natural justice. He acknowledged that, when considering issues of procedural fairness such as the one at bar, [TRANSLATION] “the law requires a high standard of justice when the right to continue one’s profession is at stake” (para. 149). Further, Drapeau J.A. conceded that where a tribunal had lured the subject of a possible sanction into believing that a mutually agreed penalty would likely be imposed, and that there was nothing to gain in making submissions in that regard, the decision of that tribunal might not be upheld if a harsher penalty were then imposed. However, Drapeau J.A. felt that this was not a case where the subject of an inquiry had been misled in any way.

Judge Moreau-Bérubé had not suggested that her right to be heard had been infringed prior to the ruling of Angers J., who raised the *audi alteram partem* issue himself for the first time. Drapeau J.A. indicated that [TRANSLATION] “it is undeniable that at each step where she had the right, Judge Moreau-Bérubé was fully heard” (para. 150). Before the Council itself, Judge Moreau-Bérubé was entitled to make representations pursuant to s. 6.11(3), and she did so, urging the Council to dismiss the complaint altogether. In the opinion of Drapeau J.A., the fact that she argued for a dismissal of the complaint re-emphasized that [TRANSLATION] “Judge Moreau-Bérubé did not concede before the Judicial Council that the Council was bound by the recommendation of its panel concerning the penalty” (para. 155).

Moreau-Bérubé n’a jamais témoigné sous serment, le juge Drapeau estime que le Conseil était aussi bien placé que le comité pour tirer des conclusions sur toute opinion préconçue et toute idée arrêtée que la juge Moreau-Bérubé pouvait avoir ou pour décider si les déclarations de celle-ci ont donné lieu à une apparence de partialité de nature à miner la confiance du public envers elle en tant que juge.

Le juge Drapeau est également en désaccord avec la majorité sur la question de savoir si le Conseil a dûment respecté les règles de justice naturelle. Il reconnaît que, dans l’examen de questions d’équité procédurale comme la question en l’espèce, « le droit exige une justice de haute qualité lorsque l’enjeu des procédures est nul autre que le droit d’une personne à exercer sa profession » (par. 149). En outre, il concède que, lorsque le tribunal administratif a amené la personne susceptible de se voir imposer une sanction à croire que la sanction convenue serait probablement imposée et qu’elle n’avait rien à gagner en présentant des arguments à cet égard, la décision du tribunal peut ne pas être confirmée s’il impose alors une sanction plus sévère. Le juge Drapeau estime, toutefois, qu’il ne s’agit pas ici d’un cas où la personne faisant l’objet d’une enquête a été induite en erreur de quelque manière que ce soit.

La juge Moreau-Bérubé ne s’était pas plainte d’une violation de son droit d’être entendue. C’est le juge Angers qui, dans sa décision, a soulevé pour la première fois la question de la règle *audi alteram partem*. Selon le juge Drapeau, « il est incontestable qu’à chaque étape où elle avait ce droit, la juge Moreau-Bérubé a été entendue pleinement » (par. 150). Devant le Conseil lui-même, la juge Moreau-Bérubé avait le droit de faire des représentations aux termes du par. 6.11(3), ce qu’elle a fait, en pressant le Conseil de rejeter la plainte en entier. De l’avis du juge Drapeau, sa plaidoirie en faveur du rejet de la plainte fait ressortir de nouveau que « la juge Moreau-Bérubé n’a pas concédé, devant le Conseil de la magistrature, que celui-ci devait obligatoirement se plier à la recommandation de son comité d’enquête par rapport à la sanction » (par. 155).

30

31

32 Moreover, Drapeau J.A. indicated that the principal case relied on by Angers J. in his decision, *Michaud*, *supra*, involved the imposition of a harsher sanction than that envisaged as a result of a joint submission. Moreover, he noted that the enabling statute in *Michaud* gave the tribunal jurisdiction to recommend a penalty. This is clearly distinguishable from the current case, where there was no joint submission, and the inquiry panel had no statutory power to make recommendations with regard to sanction in the first place.

33 Drapeau J.A. concluded that the Judicial Council [TRANSLATION] “did not have to inform Judge Moreau-Bérubé that a recommendation for her removal could be made”, and that [TRANSLATION] “[t]he Act is quite clear with respect to the actions that the Judicial Council may take following a finding of judicial misconduct” (para. 155). Based on the foregoing, Drapeau J.A. would have allowed the appeal, with the effect that the Decree of the Lieutenant-Governor in Council would be legally valid and enforceable, and Judge Moreau-Bérubé would be removed from her position as judge.

V. Issues

34 The appeal raises four issues, the first two requiring a determination of the applicable standard of review:

1. Did the Court of Appeal err in law by concluding that the Council had exceeded its jurisdiction in ignoring certain findings of fact made by the inquiry panel?
2. Based on the panel report, representations made by Judge Moreau-Bérubé and all other evidence at the Council’s disposal, was the conclusion that Judge Moreau-Bérubé could no longer serve as a Provincial Court judge justifiable?
3. Did the Court of Appeal err in law in finding that the Council had exceeded its jurisdiction

De plus, le juge Drapeau indique que le principal arrêt sur lequel s’est fondé le juge Angers dans sa décision, soit l’arrêt *Michaud*, précité, porte sur l’imposition d’une sanction plus sévère que celle envisagée dans une recommandation conjointe. Il souligne également que la loi habilitante dans *Michaud* confère au tribunal administratif la compétence de recommander une sanction. Cette affaire se distingue clairement d’avec la présente affaire, dans laquelle il n’y a aucune recommandation conjointe et où le comité d’enquête n’avait pas, de toute façon, le pouvoir légal de faire des recommandations quant à la sanction.

Le juge Drapeau conclut que le Conseil de la magistrature « n’avait pas à avertir la juge Moreau-Bérubé qu’elle pouvait faire l’objet d’une recommandation en destitution », et que « [l]a Loi est on ne peut plus claire en ce qui a trait aux actions que le Conseil de la magistrature peut entreprendre suite à une conclusion d’inconduite judiciaire » (par. 155). Compte tenu de ce qui précède, le juge Drapeau est d’avis d’accueillir l’appel, faisant en sorte que le décret du lieutenant-gouverneur en conseil soit valide et exécutoire en droit et que la juge Moreau-Bérubé soit démise de ses fonctions.

V. Les questions en litige

Le pourvoi soulève quatre questions, dont les deux premières nécessitent la détermination de la norme de révision applicable :

1. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le Conseil avait outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité d’enquête?
2. Compte tenu du rapport du comité d’enquête, des observations de la juge Moreau-Bérubé et de tous les autres éléments de preuve dont le Conseil disposait, la conclusion selon laquelle la juge Moreau-Bérubé ne pouvait plus exercer la charge de juge de la Cour provinciale était-elle justifiable?
3. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le Conseil avait outrepassé

and violated the rules of natural justice by not respecting the *audi alteram partem* rule?

The fourth issue is again the constitutional one:

4. Does the authority granted by s. 6.11(8) of the *Provincial Court Act* of New Brunswick, empowering the Lieutenant-Governor in Council to remove a Provincial Court judge without first addressing a legislative assembly, violate the principles of judicial independence, and more specifically security of tenure?

VI. Analysis

As indicated above, the first two issues in this appeal must be addressed in light of the standard of review applicable. I will therefore set out general observations about the level of deference with which courts should approach decisions of judicial councils involving the security of tenure of provincial court judges, before turning to the specific issues arising from the Court of Appeal decision.

A. *Standard of Review*

Although articulating the applicable standard of review is a critical part of the analysis, the issue received minimal consideration in the courts below. It is important to approach the task at hand with a clear understanding of the amount of deference, if any, that should be afforded to the decision of the administrative body.

This Court's jurisprudence has evolved to endorse a pragmatic and functional approach to determining the proper standard of review, which focuses on a critical question best expressed by Sopinka J. in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18:

[W]as the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board?

sa compétence et violé les règles de justice naturelle en ne respectant pas la règle *audi alteram partem*?

La quatrième question est, encore une fois, la question constitutionnelle :

4. En autorisant le lieutenant-gouverneur en conseil à démettre un juge de la Cour provinciale de ses fonctions sans s'adresser au préalable à l'assemblée législative, le par. 6.11(8) de la *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick viole-t-il les principes de l'indépendance judiciaire et, plus précisément, le principe de l'inamovibilité?

VI. Analyse

Comme je l'ai indiqué précédemment, il faut examiner les deux premières questions du pourvoi d'après la norme de révision applicable. Je vais donc faire des observations d'ordre général sur le degré de retenue dont les tribunaux doivent faire preuve à l'égard des décisions des conseils de la magistrature portant sur l'inamovibilité des juges des cours provinciales avant d'aborder les questions particulières découlant de l'arrêt de la Cour d'appel.

A. *La norme de révision*

Bien que l'énoncé de la norme de révision applicable constitue une partie cruciale de l'analyse, les tribunaux d'instance inférieure n'ont consacré que très peu d'attention à la question. Pour s'acquitter de la tâche qui nous incombe, il importe de bien comprendre le degré de retenue dont il faut faire preuve, s'il y a lieu, envers la décision de l'organisme administratif.

Dans ses arrêts, la Cour en est venue à adopter une approche pragmatique et fonctionnelle quant à la détermination de la norme de révision applicable, approche qui met l'accent sur la question fondamentale que le juge Sopinka a clairement formulée dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18 :

La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission?

35

36

37

(See: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and generally *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.)

(Voir : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et de façon générale : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.)

38

This pragmatic and functional approach creates a spectrum of levels of deference that may be required. In the words of Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at para. 27, referring to *Southam, supra*, at para. 30:

Traditionnellement, le «correctness» standard and the «patent unreasonableness» standard were the only two approaches available to a reviewing court. But in [*Southam*] a «reasonableness *simpliciter*» standard was applied as the most accurate reflection of the competence intended to be conferred on the tribunal by the legislator. Indeed, the Court there described the range of standards available as a «spectrum» with a «more exacting end» and a «more deferential end».

The more exacting end is represented by the correctness standard, which places relatively low deference on the decision under review and allows the court wide discretion to investigate, while at the more deferential end is the patently unreasonable standard. Reasonableness *simpliciter*, or unreasonableness, falls somewhere in the middle, as described by Iacobucci J. in *Southam, supra*, at para. 57:

The difference between «unreasonable» and «patently unreasonable» lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal's reasons, then the tribunal's decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable.

39

As articulated by this Court in *Pushpanathan, supra*, *Southam, supra*, and *Baker, supra*, there are four main factors, each not conclusive in and

Cette approche pragmatique et fonctionnelle donne lieu à un spectre de degrés de retenue requis. Comme le dit le juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité, par. 27, au sujet de l'arrêt *Southam*, précité, par. 30 :

Traditionnellement, la norme de la « décision correcte » et la norme du « caractère manifestement déraisonnable » étaient les deux seules méthodes à la disposition de la cour appelée à exercer le contrôle judiciaire. Mais dans [*Southam*], la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée, étant jugée la plus fidèle à l'intention du législateur quant à la compétence conférée au tribunal. En effet, la Cour a affirmé que l'éventail des normes existantes était un spectre dont l'une des extrémités exige « le moins de retenue » et l'autre en exige « le plus ».

À l'extrémité exigeant le moins de retenue se trouve la norme de la décision correcte, qui prévoit relativement peu de retenue à l'égard de la décision faisant l'objet de la révision et confère à la cour un vaste pouvoir discrétionnaire d'enquête, tandis qu'on retrouve à l'extrémité exigeant le plus de retenue la norme de la décision manifestement déraisonnable. La norme de la décision raisonnable *simpliciter*, ou celle de la décision déraisonnable, se situe vers le milieu de ce spectre, comme l'a décrit le juge Iacobucci dans *Southam*, précité, par. 57 :

La différence entre « déraisonnable » et [. . .] « manifestement déraisonnable » réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable.

Comme la Cour l'a exprimé clairement dans *Pushpanathan*, *Southam* et *Baker*, précités, il faut tenir compte de quatre facteurs principaux, dont

of itself, that must be considered in determining the proper standard of review for a decision from an administrative tribunal:

- (i) the nature of the problem under review, and whether it constitutes a question of law, fact or mixed law and fact;
- (ii) words within the tribunal's enabling statute, most importantly, whether a privative clause is present or absent;
- (iii) the purpose of the tribunal's enabling statute, and whether that purpose lends itself to less or more deference; and,
- (iv) whether the tribunal has any particular expertise in reference to the question under review.

I will now examine each of these four factors in the context of the current case.

(1) The Nature of the Problem

The two issues in this case where the question of an appropriate standard of review will be addressed, namely, whether the Court of Appeal erred in law by concluding the Council had exceeded its jurisdiction in ignoring certain findings of fact made by the inquiry panel and whether the conclusion that Judge Moreau-Bérubé could no longer serve as a Provincial Court judge was justifiable, can be characterized as a question of law and a question of mixed law and fact respectively. The proper interpretation of s. 6.11(4), in determining the extent to which the Council may have been "bound" by the inquiry panel's report, must be characterized as a question of law. Determining whether the Council was justified in concluding that Judge Moreau-Bérubé should be removed from the bench, on the other hand, is a question of mixed law and fact. The proper articulation of the apprehension of bias threshold by the Council, based on all the evidence available to it pursuant to s. 6.11(4) of the

aucun n'est concluant en soi, pour déterminer la norme de révision applicable à la décision d'un tribunal administratif :

- (i) la nature du problème faisant l'objet de la révision et la question de savoir s'il s'agit d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de droit et de fait;
- (ii) le libellé de la loi habilitante du tribunal administratif et, ce qui est le plus important, la question de savoir s'il existe une clause privative;
- (iii) l'objet de la loi habilitante du tribunal administratif et la question de savoir si cet objet se prête à une moins grande ou à une plus grande retenue;
- (iv) la question de savoir si le tribunal administratif possède une expertise particulière relativement à la question faisant l'objet de la révision.

J'examine maintenant chacun de ces quatre facteurs dans le cadre de la présente affaire.

(1) La nature du problème

En ce qui concerne les deux questions soulevées en l'espèce portant sur la norme de révision applicable, on peut qualifier de question de droit la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant que le Conseil avait outrepassé sa compétence en ne tenant pas compte de certaines conclusions de fait du comité d'enquête, et de question mixte de droit et de fait celle de savoir si la conclusion selon laquelle la juge Moreau-Bérubé ne pouvait plus exercer la fonction de juge de la Cour provinciale était justifiable. Il faut qualifier de question de droit la question de l'interprétation qu'il convient de donner au par. 6.11(4) lorsqu'on détermine dans quelle mesure le Conseil était « lié » par le rapport du comité d'enquête. Par contre, la question de savoir si le Conseil était justifié de conclure que la juge Moreau-Bérubé devait être démise de ses fonctions constitue une question mixte de droit et de fait. Pour exprimer adéquatement le seuil à partir duquel il y a crainte de partialité, d'après l'ensemble de la preuve dont il disposait en vertu du par. 6.11(4) de la

40

41

Act, clearly involves considerations of mixed law and fact.

(2) The Words of the Tribunal's Enabling Statute

42

The New Brunswick *Provincial Court Act* does not contain a privative clause, and there is no language in the statute to suggest that decisions made by the Judicial Council are to be considered final and conclusive. While the presence of a privative clause strongly suggests a legislative intent of strong deference by courts to the tribunal's decision, the absence of such a clause is not conclusive and the proper standard of review will be a function of other applicable factors (*Pushpanathan, supra, per Bastarache J.*, at para. 30).

(3) The Purpose of the Statute Empowering the Tribunal and its Expertise

43

The intended purpose and function of an administrative tribunal, and its empowering statute, will play a large role in determining the appropriate standard of review of its decisions, as will the nature and extent of its expertise. As noted by Iacobucci J. in *Southam, supra*, these two categories often overlap and I find that here they are best dealt with together.

44

Judicial councils may be viewed as unique not only amongst administrative tribunals but even amongst professional disciplinary bodies. A tribunal charged with the task of disciplining provincial court judges does not fit into the more traditional specialized against non-specialized dichotomy for purposes of evaluating the appropriate standard of review. The first provincial judicial councils emerged in 1968 and 1969 (Ontario and British Columbia), and others were created over the following two decades in every province except Prince Edward Island. New Brunswick created its first Judicial Council in 1985. Thus, these administrative bodies are a relatively recent phenomena. However, the

Loi, le Conseil devait clairement examiner des questions mixtes de droit et de fait.

(2) Le libellé de la loi habilitante du tribunal administratif

La *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick ne contient aucune clause privative, et rien dans le libellé de cette loi n'indique que les décisions du Conseil de la magistrature doivent être considérées comme définitives et péremptoires. Certes, la présence d'une clause privative indique clairement que le législateur voulait que les cours fassent preuve de beaucoup de retenue envers la décision du tribunal administratif, mais l'absence d'une telle clause n'est pas concluante et d'autres facteurs interviendront dans la détermination de la norme de révision applicable (*Pushpanathan, précité, le juge Bastarache, par. 30*).

(3) L'objet de la loi habilitant le tribunal administratif et son expertise

La détermination de la norme de révision applicable aux décisions d'un tribunal administratif reposera en grande partie sur son objet, sa fonction et sa loi habilitante de même que sur la nature et l'étendue de son expertise. Comme l'a souligné le juge Iacobucci dans *Southam, précité*, ces deux catégories se recoupent souvent, et j'estime qu'il vaut mieux les examiner ensemble.

Les conseils de la magistrature peuvent être considérés comme uniques non seulement parmi les tribunaux administratifs, mais même parmi les organismes disciplinaires professionnels. Pour l'évaluation de la norme de révision applicable, un tribunal administratif chargé d'imposer des mesures disciplinaires aux juges des cours provinciales ne cadre pas avec la dichotomie traditionnelle entre les tribunaux spécialisés et les tribunaux non spécialisés. Les premiers conseils provinciaux de la magistrature sont apparus en 1968 et en 1969 (en Ontario et en Colombie-Britannique), et d'autres ont été créés au cours des deux décennies suivantes dans toutes les provinces à l'exception de l'Île-du-Prince-

call for judicial accountability is not. Provincial and superior court judges had previously faced disciplinary action through various means, but always through *ad hoc* processes initiated and pursued through the legislature. For example, in 1933 Judge Stubbs, an outspoken “socialist” judge in Manitoba, was investigated for judicial misbehaviour by a commissioner appointed under the *Judges Act* (*Journals of the House of Commons*, vol. LXXII, 5th Sess., 17th Parl., January 26, 1934, at p. 18). In the case of the former Mr. Justice Landreville of the Supreme Court of Ontario, the Law Society of Upper Canada struck a “special committee” to consider what might be done about Justice Landreville’s decision to remain on the bench after he had been discharged by a magistrate on charges related to a fraudulent stock transfer. A commissioner was eventually appointed under the *Inquiries Act* (the Hon. Ivan C. Rand, formerly of this Court), and Justice Landreville was found “unfit for the proper exercise of his judicial functions” (*Inquiry Re: The Honourable Justice Leo A. Landreville* (1966), at p. 108). This report was subsequently tabled to the House of Commons, and the then Minister of Justice, Pierre Trudeau, told the House that resolutions for the removal of Justice Landreville would be introduced. Before this was done, Justice Landreville resigned, citing reasons of “health and wealth”, but he defended his judicial record to the end (see M. L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), report prepared for the Canadian Judicial Council, at pp. 84-87). In the wake of such disciplinary hearings, the need for institutions such as the present judicial councils was grounded in the “awkwardness and uncertainty” of proceedings that, prior to 1968, had dealt with matters of judicial accountability primarily by way of a “one-judge *ad hoc* inquiry” (see the Friedland Report, at pp. 87-89). Implicit in the need for a more specialized process was the unique and special role judicial councils serve in light of competing constitutional interests. As the Friedland Report discusses at p. 129,

Édouard. Le Nouveau-Brunswick a établi son premier conseil de la magistrature en 1985. Ces organismes administratifs sont donc relativement récents. Mais la demande que les juges soient tenus de rendre compte, elle, ne l’est pas. Il était arrivé auparavant que des juges de cours provinciales et de cours supérieures soient soumis à des mesures disciplinaires par divers moyens, mais il s’agissait toujours de processus *ad hoc* mis en œuvre par les législatures. Par exemple, en 1933, un commissaire nommé en vertu de la *Loi sur les juges* a effectué une enquête sur le juge Stubbs, un « socialiste » manitobain qui parle sans détour, pour inconduite dans l’exercice de ses fonctions (*Journaux de la Chambre des communes*, vol. LXXII, 5^e sess., 17^e lég., 26 janvier 1934, p. 17). Dans le cas du juge Landreville, ancien juge de la Cour suprême de l’Ontario, le Barreau du Haut-Canada a formé un « comité spécial » chargé de déterminer ce qui pourrait être fait au sujet de la décision du juge Landreville de demeurer à son poste après avoir été acquitté par un magistrat d’accusations relatives à une cession d’actions frauduleuse. Finalement, un commissaire a été nommé en vertu de la *Loi sur les enquêtes* (l’hon. Ivan C. Rand, ancien juge de la Cour), et le juge Landreville a été déclaré « incapable d’exercer comme il convient ses fonctions judiciaires » (*Enquête concernant l’honorable Léo-A. Landreville* (1966), p. 117). Ce rapport a été par la suite déposé à la Chambre des communes, et le ministre de la Justice de l’époque, Pierre Trudeau, a informé la Chambre que des résolutions prévoyant la révocation du juge Landreville seraient présentées. Avant la présentation de telles résolutions, le juge Landreville a démissionné en invoquant des raisons de « santé et [. . .] situation financière », mais il a défendu jusqu’à la fin sa performance dans l’exercice de ses fonctions de juge (voir M. L. Friedland, *Une place à part : L’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995), rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, p. 95-98). À la suite de telles procédures disciplinaires, la nécessité d’institutions comme les conseils de la magistrature actuels reposait sur le « caractère incongru et incertain » des mécanismes qui, avant 1968, avaient régi les affaires concernant l’obligation de rendre compte

with regard to disciplinary hearings for judges in general:

There is a tension between judicial accountability and judicial independence. Judges should be accountable for their judicial and extra-judicial conduct. The public has to have confidence in the judicial system and to feel satisfied, as Justice Minister Allan Rock stated in a speech to the judges in August, 1994 “that complaints of misconduct are evaluated objectively and disposed of fairly.” At the same time, accountability could have an inhibiting or, as some would say, chilling effect on their actions. When we are talking about judicial decisions being scrutinized by appeal courts, we are generally not worried about curtailing a judge’s freedom of action. That is the purpose of an appeal court: to correct errors by trial judges or in the case of the Supreme Court of Canada to correct errors by appeal courts. Similarly, if actions of a judicial council deter rude, insensitive, sexist, or racist comments, that is obviously desirable. The danger is, however, that a statement in court that is relevant to fact-finding or sentencing or other decisions will be the subject of a complaint and will cause judges to tailor their rulings to avoid the consequences of a complaint. It is therefore necessary to devise systems that provide for accountability, yet at the same time are fair to the judiciary and do not curtail judges’ obligation to rule honestly and according to the law.

des juges, principalement au moyen d’un « comité spécial [d’enquête] composé d’un seul juge » (voir le rapport Friedland, p. 98-100). La nécessité d’un processus plus spécialisé reconnaît implicitement le rôle unique et spécial que les conseils de la magistrature jouent face à des droits constitutionnels opposés. Comme le rapport Friedland le mentionne, aux p. 144-145, en matière d’audiences disciplinaires pour les juges en général :

Certes, des tensions s’exercent entre indépendance et obligation de rendre compte. Les juges doivent être tenus de rendre compte de leur conduite judiciaire et extrajudiciaire. Le public doit faire confiance au système judiciaire et être convaincu, comme l’a expliqué le ministre de la Justice Allan Rock dans un discours prononcé devant les juges en août 1994, « que les plaintes de manquement à la bonne conduite sont évaluées objectivement et tranchées de façon équitable ». Par contre, l’obligation de rendre compte pourrait avoir un effet inhibiteur, ou paralysant de l’avis de certains, sur les actes des juges. En matière d’examen des décisions judiciaires par des tribunaux d’appel, il n’y a généralement pas lieu de s’inquiéter de l’atteinte qui pourrait être ainsi portée à la liberté d’action du juge. L’objectif de la Cour d’appel est de corriger les erreurs commises par les juges de première instance ou, dans le cas de la Cour suprême du Canada, de corriger les erreurs commises par les tribunaux d’appel. De la même façon, si les actes d’un conseil de la magistrature ont un effet dissuasif en ce qui a trait aux remarques grossières, indélicates, sexistes ou racistes, ce résultat est éminemment souhaitable. Il existe toutefois un risque qu’une déclaration faite en salle d’audience, pertinente à une conclusion de fait, à la détermination de la peine ou à une autre décision, donne lieu à une plainte et incite les juges à façonner leurs décisions de façon à éviter de prêter flanc à la critique. Il importe donc de concevoir des régimes qui obligent les juges à rendre compte de leur conduite, tout en étant équitables envers eux, et qui ne portent pas atteinte à leur obligation d’exercer leur pouvoir judiciaire honnêtement et en conformité avec le droit.

45

Thus, in the present case, the purpose and expertise issues present themselves in a unique fashion. On the one hand, the Judicial Council is in a sense a highly specialized tribunal required to deal with constitutionally protected rights — such as judicial independence and security of tenure of judges and the right of persons who come before the courts to a fair trial by an impartial tribunal — in the overall public interest. On the other hand, the tribunal is composed primarily of members of the judiciary.

Par conséquent, en l’espèce, la question de l’objet et celle de l’expertise se présentent d’une manière unique. D’un côté, le Conseil de la magistrature est dans un sens un tribunal hautement spécialisé chargé d’examiner les droits protégés par la Constitution — comme l’indépendance et l’inamovibilité des juges, et le droit des justiciables à un procès équitable devant un tribunal impartial — dans l’intérêt public général. D’autre part, le tribunal administratif est composé principalement de membres de la

This might invite little deference, since, arguably, no more “specialization” exists in the judges sitting as Council members than in their colleagues sitting in court. The idea that specialization leads to deference is based on the more typical scenario, where a tribunal is composed of people who are not judges and who have a specialized expertise superior to that of judges who are, on the whole, generalists.

Despite provincial variations in their composition, discipline bodies that receive complaints about judges all serve the same important function. In *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, Gonthier J. described, at para. 58, the committee of inquiry in Quebec as “responsible for preserving the integrity of the whole of the judiciary” (also see *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267). The integrity of the judiciary comprises two branches which may at times be in conflict with each other. It relates, first and foremost, to the institutional protection of the judiciary as a whole, and public perceptions of it, through the disciplinary process that allows the Council to investigate, reprimand, and potentially recommend the removal of judges where their conduct may threaten judicial integrity (*Therrien, supra*, at paras. 108-12 and 146-50). Yet, it also relates to constitutional guarantees of judicial independence, which includes security of tenure and the freedom to speak and deliver judgment free from external pressures and influences of any kind (see *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente, supra*).

In light of their functions, judicial discipline committees must be composed primarily of judges. Gonthier J. quoted the work of Professor H. P. Glenn in *Therrien, supra*, at para. 57 to demonstrate this point:

... in the interests of judicial independence, it is important that discipline be dealt with in the first place by peers. I agree with the following remarks by Professor H. P. Glenn in his article “Indépendance et déontologie judiciaires” (1995), 55 *R. du B.* 295, at p. 308:

magistrature, ce qui pourrait inciter à faire preuve de peu de retenue à l’égard de ses décisions, car les juges siégeant en tant que membres du Conseil n’ont sans doute pas plus de « connaissances spécialisées » que leurs collègues siégeant en cour. L’idée que la spécialisation mène à la retenue est fondée sur le cas très typique où un tribunal administratif est formé de non-juges possédant des connaissances spécialisées supérieures à celles des juges, qui sont, dans l’ensemble, des généralistes.

Même si leur composition varie selon les provinces, les organismes disciplinaires qui reçoivent les plaintes visant les juges ont tous la même fonction importante. Dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, le juge Gonthier a indiqué au par. 58 que le comité d’enquête au Québec avait « la responsabilité de veiller à l’intégrité de l’ensemble de la magistrature » (voir également *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267). L’intégrité de la magistrature comporte deux volets qui peuvent parfois entrer en conflit. Elle a trait, d’abord et avant tout, à la protection institutionnelle de la magistrature dans son ensemble et à la façon dont le public perçoit celle-ci, grâce au processus disciplinaire qui permet au Conseil de faire enquête sur les juges, de les réprimander et de recommander leur révocation lorsque leur conduite est susceptible de menacer l’intégrité de la magistrature (*Therrien, précité*, par. 108-112 et 146-150). Cependant, elle se rapporte également aux garanties constitutionnelles d’indépendance judiciaire, qui comprennent l’inamovibilité ainsi que la liberté de s’exprimer et de rendre jugement sans pressions et influences extérieures de quelque nature que ce soit (voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente, précité*).

Étant donné leurs fonctions, les comités de discipline judiciaire doivent être composés principalement de juges. Dans *Therrien*, par. 57, le juge Gonthier a cité l’ouvrage du professeur H. P. Glenn pour démontrer ce principe :

... au nom de l’indépendance de la magistrature, il importe que la discipline relève au premier chef des pairs. Je partage les propos suivants du professeur H. P. Glenn, dans son article « Indépendance et déontologie judiciaires » (1995), 55 *R. du B.* 295, p. 308 :

[TRANSLATION] If we take as our starting point the principle of judicial independence -- and I emphasize the need for this starting point in our historical, cultural and institutional context -- I believe that it must be concluded that the primary responsibility for the exercise of disciplinary authority lies with the judges at the same level. To place the real disciplinary authority outside that level would call judicial independence into question.

48 Gonthier J. subsequently expressed, at para. 148, in the following terms how a decision of the Conseil de la magistrature involving the dismissal of a provincial court judge should be reviewed:

... the legislature has chosen to assign the important responsibility of determining whether the conduct of a provincial court judge warrants a recommendation for removal from office exclusively to the Court of Appeal, under s. 95 *C.J.A.* This is a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects. Accordingly, this Court should only review the assessment made by the Court of Appeal if it is clearly in error or seriously unfair.

49 Although in Quebec the final decision in recommending the removal of a provincial court judge lies with the Quebec Court of Appeal, I am not persuaded that a different approach should be adopted in New Brunswick. The Judicial Council in that province is composed of at least seven judges, at least two of whom will be from the Court of Appeal. It is fair to say that the Council, in this case, is a tribunal with a rich and wide-ranging collection of judicial expertise. The Council is eminently qualified to render a collegial decision regarding the conduct of a judge, including where issues of apprehension of bias and judicial independence are involved. There is no basis upon which one could claim that a single judge sitting in judicial review of a decision of the Council would enjoy a legal or judicial advantage.

50 As indicated earlier, the membership of the New Brunswick Judicial Council is established by s. 6.1(1) of the Act. It is composed of the Chief Justice of New Brunswick, a judge of the New Brunswick Court of Appeal, three judges from the Court of Queen's Bench (possibly including the Chief

Si l'on part du principe de l'indépendance judiciaire -- et j'insiste sur la nécessité de ce point de départ dans notre contexte historique, culturel et institutionnel -- je crois qu'il faut conclure que la première responsabilité pour l'exercice du pouvoir disciplinaire repose sur les juges d'un même ordre. Situer le véritable pouvoir disciplinaire à l'extérieur de cet ordre serait mettre en question l'indépendance judiciaire.

Le juge Gonthier a par la suite exposé ainsi la façon dont il faudrait réviser la décision du Conseil de la magistrature de recommander la révocation d'un juge d'une cour provinciale (au par. 148) :

... le législateur a choisi de confier l'importante responsabilité de déterminer si la conduite d'un juge de cour provinciale justifiait une recommandation de révocation de ses fonctions en exclusivité à la Cour d'appel en vertu de l'art. 95 *L.T.J.* Il s'agit d'un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu'à l'égard des principes de l'indépendance judiciaire protégés par notre Constitution. En ce sens, notre Cour ne saurait revenir sur l'appréciation qu'a faite la Cour d'appel que si celle-ci est clairement erronée ou profondément injuste.

Bien qu'au Québec il appartienne à la Cour d'appel de prononcer la recommandation définitive concernant la révocation d'un juge d'une cour provinciale, je ne suis pas convaincue qu'il faille adopter une approche différente pour le Nouveau-Brunswick. Le Conseil de la magistrature de cette province est formé d'au moins sept juges, dont deux au moins sont de la Cour d'appel. Il n'est pas exagéré de dire qu'en l'espèce, le Conseil est un tribunal disposant d'un éventail riche et large de connaissances judiciaires. Le Conseil est éminemment qualifié pour rendre une décision collégiale au sujet de la conduite d'un juge, notamment dans les cas où des questions de crainte de partialité et d'indépendance judiciaire se posent. Rien ne permet de prétendre qu'un juge siégeant seul en révision judiciaire d'une décision du Conseil jouirait d'un avantage sur le plan juridique ou judiciaire.

Comme je l'ai indiqué précédemment, le par. 6.1(1) de la Loi établit la composition du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick. Celui-ci est formé du juge en chef du Nouveau-Brunswick, d'un juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, de trois juges de la Cour du Banc de la Reine (dont l'un

Justice of that court), two Provincial Court judges, and three additional members as named by the Lieutenant-Governor in Council. In other words, at least 7 of 10 Council members must be judges. It is obvious that membership in this tribunal requires, in most cases, vast legal training. As compared to a single judge from the Court of Queen's Bench, it would have to be assumed that the Council is at least as qualified, and likely more qualified in light of its collegial composition, to draw conclusions where considerations of judicial independence, security of tenure and apprehension of bias are concerned. It would be nonsensical for a single judge or an appellate court to show low deference to decisions of the Council in an area in which they have no additional expertise.

The Council also has in fact a certain degree of specialization over that of the reviewing court. Gonthier J. noted in *Therrien, supra*, at para. 147 (with reference to the Friedland Report, *supra*, at pp. 80-81), that "before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office". In making such a determination, issues surrounding bias, apprehension of bias, and public perceptions of bias all require close consideration, all with simultaneous attention to the principle of judicial independence. This, according to Gonthier J., creates "a very special role, perhaps a unique one, in terms of both the disciplinary process and the principles of judicial independence that our Constitution protects" (para. 148). Although this is clearly not the type of tribunal that develops an expertise from the sheer volume of cases before it, the fact that the Council is engaged in this special and unique role gives it some degree of specialty not enjoyed by ordinary courts of review who have never, historically, been involved in such matters.

peut être le juge en chef de cette cour), de deux juges de la Cour provinciale et de trois autres membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. En d'autres termes, au moins 7 des 10 membres du Conseil doivent être juges. Il est évident que, dans la plupart des cas, il faut posséder une vaste formation juridique pour être membre de ce tribunal. Il faut tenir pour acquis que le Conseil est au moins aussi qualifié, et probablement plus qualifié vu sa composition collégiale, qu'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant seul pour tirer des conclusions relatives à des questions d'indépendance judiciaire, d'inamovibilité et de crainte de partialité. Il serait absurde pour un juge siégeant seul et pour un tribunal d'appel de faire preuve de peu de retenue à l'égard des décisions du Conseil dans un domaine où ils n'ont aucune expertise additionnelle.

Le Conseil a également, en fait, un certain niveau de spécialisation que ne possède pas la cour de révision. Dans *Therrien*, précité, le juge Gonthier a noté qu'« avant de formuler une recommandation de destitution à l'endroit d'un juge, [on] doit [. . .] se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge » (par. 147 (au sujet du rapport Friedland, *op. cit.*, p. 89-91)). Pour faire une telle recommandation, il faut examiner de près les questions touchant la partialité, la crainte de partialité et la perception de partialité qu'a le public, tout en portant attention au principe de l'indépendance judiciaire. D'après le juge Gonthier, cet examen donne lieu à « un rôle très particulier, voire unique, tant au niveau du processus déontologique qu'à l'égard des principes de l'indépendance judiciaire protégés par notre Constitution » (par. 148). Bien qu'il ne s'agisse clairement pas du genre de tribunal administratif qui acquiert une expertise à partir simplement du nombre considérable d'affaires dont il est saisi, le fait que le Conseil joue ce rôle spécial et unique lui confère un niveau de spécialisation que ne possèdent pas les cours de révision ordinaires, lesquelles n'ont traditionnellement jamais traité de telles affaires.

52 In my view, there must be a degree of authority and finality in decisions made by the Council. To place decisions of the Council under liberal review standards would undermine this objective, and detract from the public's confidence in the Council to fulfil its mandate. In *Therrien*, after highlighting at length the importance of protecting the public's perception of the judiciary as an integral institution, Gonthier J. noted at para. 112:

[W]e also must not forget that this Court is sitting on appeal from the report of the inquiry panel of the Quebec Court of Appeal, to which a specific function has been assigned by s. 95 [of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16]. As I said earlier, the Court of Appeal, when it makes its report under that provision, is called upon to play a fundamental role in terms of both the ethical process itself and the principle of judicial independence. This Court must therefore respect that jurisdiction and show it the proper deference.

53 The composition of a body such as a provincial judicial council, the special and perhaps unique purpose it plays within the framework of the justice system, and the nature of the objective it aims to fulfil all lead to the conclusion that a high degree of deference should be afforded to its decisions. Being primarily composed of members of all levels of the New Brunswick judiciary, and mandated to protect the integrity of the judiciary within the province, the Council should be characterized as a unique decision-making body with some degree of specialization, and as a tribunal with equal or better qualifications than the reviewing court to make the decisions that the legislature has vested in it. Therefore, in my opinion, the objective of the *Provincial Court Act* and the composition of the Judicial Council itself suggest that decisions of the Council should be reviewed with a great deal of deference.

B. *The Appropriate Standards of Review*

54 I wish to stress at this point that judicial councils as well as reviewing courts must remain acutely alive to the high level of protection that applies to comments made by judges in the conduct of court proceedings.

Je suis d'avis que les décisions du Conseil doivent jouir d'une certaine autorité et d'un certain caractère définitif. Les soumettre à des normes de révision peu exigeantes minerait cet objectif ainsi que la confiance du public dans l'exécution par le Conseil de son mandat. Dans *Therrien*, après avoir expliqué de façon détaillée l'importance de protéger la perception chez le public de l'intégrité de la magistrature, le juge Gonthier a souligné au par. 112 :

[N]ous ne saurions également perdre de vue que notre Cour siège en appel du rapport de la formation d'enquête de la Cour d'appel du Québec, laquelle est dépositaire d'une fonction particulière qui lui est confiée par l'art. 95 [de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16]. Comme je le mentionnais précédemment, la Cour d'appel, lorsqu'elle rédige son rapport en vertu de cette disposition, est appelée à jouer un rôle fondamental tant au niveau du processus déontologique lui-même qu'à l'égard de l'application du principe de l'indépendance judiciaire. Notre Cour se doit donc de respecter cette compétence et de faire preuve de déférence à son endroit.

La composition d'un organisme comme un conseil de la magistrature provincial, son rôle spécial et, peut-être, unique dans le système de justice ainsi que la nature de son objectif mènent tous à la conclusion qu'il faut faire preuve d'un degré de retenue élevé à l'égard de ses décisions. Étant essentiellement constitué de membres de tous les niveaux de la magistrature du Nouveau-Brunswick et étant chargé de protéger l'intégrité de la magistrature dans la province, le Conseil doit être qualifié d'organisme décisionnel unique ayant un certain niveau de spécialisation, et de tribunal administratif aussi ou plus qualifié que la cour de révision pour rendre les décisions que le législateur lui a donné le pouvoir de rendre. Je suis donc d'avis que l'objectif de la *Loi sur la Cour provinciale* et la composition même du Conseil de la magistrature indiquent qu'il faut faire preuve d'une grande retenue lorsqu'il s'agit de réviser les décisions de ce dernier.

B. *Les normes de révision applicables*

Je tiens à souligner ici que les conseils de la magistrature ainsi que les cours de révision doivent demeurer fort conscients du degré élevé de protection qui s'attache aux commentaires que font les juges dans le cadre de la conduite des audiences.

While the Canadian Judicial Council and provincial judicial councils receive many complaints against judges, in most cases these are matters properly dealt with through the normal appeal process. There have been very few occasions where the comments of a judge, made while acting in a judicial capacity, could not be adequately dealt with through the appeal process and have necessitated the intervention of a judicial council (see: Marshall Report, *supra*, where the Canadian Judicial Council inquiry panel concluded that the Nova Scotia Court of Appeal had been “inappropriately harsh in their condemnation of the victim of an injustice they were mandated to correct” (p. 35) after the Court of Appeal had noted, among other things, that any injustice suffered by Mr. Marshall was “more apparent than real” (p. 36); *Report to the Canadian Judicial Council by the Inquiry Committee appointed under subsection 63(1) of the Judges Act to conduct a public inquiry into the conduct of Mr. Justice Jean Bienvenue of the Superior Court of Quebec in R. v. T. Théberge* (1996), where removal from office was recommended, mainly for comments made while presiding over a sentencing hearing; and, Canadian Judicial Council file 98-128, where the Canadian Judicial Council released a letter expressing strong disapproval for comments made by a justice of the Alberta Court of Appeal in reasons delivered while sitting in his capacity as a judge in *Vriend v. Alberta* (1996), 132 D.L.R. (4th) 595, and *R. v. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 324).

One half of the “two-pronged” modern articulation of judicial independence (the other prong being institutional independence), without which there can be no public confidence in the justice system, rests on the individual independence of each and every judge. Within this, the core principle is the liberty of the judge to hear and decide cases without fear of external reproach. The majority of this Court stated in *Beauregard*, *supra*, at p. 69:

55

Bien que le Conseil canadien de la magistrature et les conseils provinciaux de la magistrature reçoivent de nombreuses plaintes contre les juges, il s’agit généralement de questions qui peuvent être réglées de façon satisfaisante dans le cadre du processus d’appel normal. Il est rarement arrivé qu’un juge ait fait dans l’exercice de ses fonctions des commentaires ne pouvant pas être révisés adéquatement par le processus d’appel et ayant nécessité l’intervention d’un conseil de la magistrature (voir : rapport Marshall, *op. cit.*, où le comité d’enquête du Conseil canadien de la magistrature a conclu que la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse avait « blâmé beaucoup trop sévèrement la victime d’une injustice qu’ils avaient pour mandat de corriger » (p. 37) après que la Cour d’appel eut souligné, notamment, que toute injustice subie par M. Marshall était [TRADUCTION] « plus apparente que réelle » (p. 38); *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du Comité d’enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. T. Théberge* (1996), où il a été recommandé qu’un juge soit révoqué, principalement pour les commentaires qu’il avait faits alors qu’il présidait une audience de détermination de la peine; et dossier n° 98-128 du Conseil canadien de la magistrature, où ce dernier a produit une lettre exprimant sa forte désapprobation des commentaires qu’un juge de la Cour d’appel de l’Alberta avait faits dans les motifs qu’il avait prononcés à titre de juge dans *Vriend c. Alberta* (1996), 132 D.L.R. (4th) 595, et *R. c. Ewanchuk* (1998), 13 C.R. (5th) 324).

56

L’un des « deux volets » de la formulation moderne du principe de l’indépendance judiciaire (l’autre volet étant l’indépendance institutionnelle), sans lequel le public ne peut avoir confiance dans le système de justice, repose sur l’indépendance de chaque juge. Dans ce cadre, le principe essentiel est la liberté du juge d’entendre et de trancher les affaires sans craindre les reproches de l’extérieur. Les juges majoritaires de la Cour ont déclaré dans *Beauregard*, précité, par. 69 :

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider — be it government, pressure group, individual or even another judge — should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. [Also see *Valente, supra, per Le Dain J.*, at p. 685.]

The Canadian Judicial Council echoed this principle in the Marshall Report, *supra*, asserting that “[j]udicial independence carries with it not merely the right to tenure during good behaviour, it encompasses, and indeed encourages, a corollary judicial duty to exercise and articulate independent thought in judgments free from fear of removal” (p. 24). Thus, the Council’s inquiry panel noted, while criticizing the comments of the Nova Scotia Court of Appeal that “[w]e are deeply conscious that criticism can itself undermine public confidence in the judiciary, but on balance conclude in this case that that confidence would more severely be impaired by our failure to criticize inappropriate conduct than it would by our failure to acknowledge it” (p. 36).

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l’essentiel du principe de l’indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l’extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d’intervenir, dans la façon dont un juge mène l’affaire et rend sa décision. [Voir également *Valente*, précité, le juge Le Dain, p. 685.]

Le Conseil canadien de la magistrature rappelle ce principe dans le rapport Marshall, *op. cit.*, affirmant que « [l]’indépendance judiciaire renvoie non seulement au droit à l’inamovibilité, mais aussi — et elle l’encourage même — au corollaire qu’est l’obligation des juges de faire preuve d’indépendance d’esprit dans leurs jugements sans craindre d’être destitués » (p. 25). Le comité d’enquête du Conseil a donc fait remarquer, tout en critiquant les commentaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, que « [n]ous sommes parfaitement conscients du fait que de tels reproches peuvent diminuer la confiance qu’a la population dans l’appareil judiciaire mais, tout compte fait, nous sommes d’opinion que nous ébranlerions beaucoup plus cette confiance en ne dénonçant pas une conduite répréhensible » (p. 37).

57

While acting in a judicial capacity, judges should not fear that they may have to answer for the ideas they have expressed or for the words they have chosen. In *Alberta (Provincial Court Judge) v. Alberta (Provincial Court Chief Judge)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 214, 1999 ABQB 309, aff’d (2000), 192 D.L.R. (4th) 540, 2000 ABCA 241 (*sub nom. Reilly v. Provincial Court of Alberta, Chief Judge*), Mason J. highlighted some of the consequences of this principle, citing the words of the now Chief Justice, at para. 132:

At present, this core principle of individual judicial independence has concomitant immunities from suit and prosecution, as well as from being required to testify about the how and why of a particular decision. As McLachlin, J. stated for the majority in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796] (at 830):

The judge’s right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular

Lorsqu’ils exercent leurs fonctions judiciaires, les juges ne doivent pas craindre d’avoir à répondre des idées qu’ils ont exprimées ou des mots qu’ils ont choisis. Dans *Alberta (Provincial Court Judge) c. Alberta (Provincial Court Chief Judge)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 214, 1999 ABQB 309, conf. par (2000), 192 D.L.R. (4th) 540, 2000 ABCA 241 (*sub nom. Reilly c. Provincial Court of Alberta, Chief Judge*), le juge Mason a mis en évidence certaines conséquences de ce principe en citant les propos du Juge en chef actuel au par. 132 :

[TRADUCTION] Ce principe essentiel de l’indépendance de chaque juge est maintenant assorti de l’immunité contre les poursuites judiciaires ainsi que de celle qui exonère le juge de l’obligation de témoigner au sujet de la manière dont il est arrivé à une décision particulière et des motifs qui l’y ont amené. Comme le juge McLachlin l’a affirmé au nom de la majorité dans l’arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796] (à la p. 830) :

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est

judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence [*Valente, supra; Beauregard, supra*]. The judge must not fear that after issuance of his or her decision, he or she may be called upon to justify it to another branch of government. The analysis in *Beauregard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence.

Even within the appeal process, which is designed to correct errors in the original decision and set the course for the proper development of legal principles, the judge whose decision is under review is not called to account for it. He or she is not asked to explain, endorse or repudiate the decision or the statement which is called into question by the appeal, and the result of the appeal process suffices to deliver justice to those aggrieved by the error made by the judge of first instance. In some cases, however, the actions and expressions of an individual judge trigger concerns about the integrity of the judicial function itself. When a disciplinary process is launched to look at the conduct of an individual judge, it is alleged that an abuse of judicial independence by a judge has threatened the integrity of the judiciary as a whole. The harm alleged is not curable by the appeal process.

The New Brunswick Judicial Council found that the comments of Judge Moreau-Bérubé constituted one of those cases. While it cannot be stressed enough that judges must be free to speak in their judicial capacity, and must be perceived to speak freely, there will unavoidably be occasions where their actions will be called into question. This restraint on judicial independence finds justification within the purposes of the Council to protect the integrity of the judiciary as a whole. The comments of Gonthier J. in *Therrien, supra*, at paras. 108-11 regarding the role of the judge and public perceptions of that role, bear repeating:

The judicial function is absolutely unique. Our society assigns important powers and responsibilities to the members of its judiciary. Apart from the traditional role of an arbiter which settles disputes and adjudicates

arrivé à une conclusion judiciaire donnée est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire [*Valente et Beauregard, précités*]. Le juge ne doit pas craindre qu'après avoir rendu sa décision, il puisse être appelé à la justifier devant un autre organe du gouvernement. L'analyse faite dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* appuie la conclusion que l'immunité judiciaire est au cœur du concept de l'indépendance judiciaire.

Même dans le cadre de l'appel, qui vise à corriger les erreurs contenues dans la décision originale et à tracer la voie à suivre pour l'élaboration de principes juridiques utiles, le juge dont la décision fait l'objet d'une demande de révision n'est pas appelé à justifier cette décision. On ne lui demande pas d'expliquer, d'approuver ou de désavouer la décision ou la déclaration contestée par l'appel, et l'issue de l'appel suffit pour que justice soit rendue aux personnes auxquelles l'erreur du juge de première instance a causé préjudice. Dans certains cas, cependant, les actes et les paroles d'un juge sèment le doute quant à l'intégrité de la fonction judiciaire elle-même. Lorsqu'on entreprend une enquête disciplinaire pour examiner la conduite d'un juge, il existe une allégation selon laquelle l'abus de l'indépendance judiciaire par ce juge menace l'intégrité de la magistrature dans son ensemble. Le processus d'appel ne peut pas remédier au préjudice allégué.

Le Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick a jugé que les commentaires de la juge Moreau-Bérubé constituaient l'un de ces cas. Même si on ne saurait trop insister sur le fait que les juges doivent être libres de s'exprimer dans l'exercice de leurs fonctions et qu'ils doivent être perçus comme tels, il y aura inévitablement des cas où leurs actes seront remis en question. Cette restriction à l'indépendance judiciaire trouve sa justification dans l'objectif du Conseil de protéger l'intégrité de la magistrature dans son ensemble. Il est utile de répéter les observations du juge Gonthier dans *Therrien*, précité, par. 108-111, quant au rôle du juge et à la manière dont le public perçoit ce rôle :

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les

58

59

between the rights of the parties, judges are also responsible for preserving the balance of constitutional powers between the two levels of government in our federal state. Furthermore, following the enactment of the *Canadian Charter*, they have become one of the foremost defenders of individual freedoms and human rights and guardians of the values it embodies: *Beauregard, supra*, at p. 70, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 123. Accordingly, from the point of view of the individual who appears before them, judges are first and foremost the ones who state the law, grant the person rights or impose obligations on him or her.

If we then look beyond the jurist to whom we assign responsibility for resolving conflicts between parties, judges also play a fundamental role in the eyes of the external observer of the judicial system. The judge is the pillar of our entire justice system, and of the rights and freedoms which that system is designed to promote and protect. Thus, to the public, judges not only swear by taking their oath to serve the ideals of Justice and Truth on which the rule of law in Canada and the foundations of our democracy are built, but they are asked to embody them (Justice Jean Beetz, Introduction of the first speaker at the conference marking the 10th anniversary of the Canadian Institute for the Administration of Justice, observations collected in *Mélanges Jean Beetz* (1995), at pp. 70-71).

Accordingly, the personal qualities, conduct and image that a judge projects affect those of the judicial system as a whole and, therefore, the confidence that the public places in it. Maintaining confidence on the part of the public in its justice system ensures its effectiveness and proper functioning. But beyond that, public confidence promotes the general welfare and social peace by maintaining the rule of law. In a paper written for its members, the Canadian Judicial Council explains:

Public confidence in and respect for the judiciary are essential to an effective judicial system and, ultimately, to democracy founded on the rule of law. Many factors, including unfair or uninformed criticism, or simple misunderstanding of the judicial role, can adversely influence public confidence in and respect for the judiciary. Another factor which is capable of undermining public respect and confidence is any conduct of judges, in and out of court, demonstrating a lack of integrity. Judges should, therefore, strive to conduct themselves in a way that will sustain and contribute to public respect and confidence in their integrity, impartiality, and good judgment.

(Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (1998), p. 14)

litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées : *Beauregard, précité*, p. 70, et *Renvoi sur la rémunération des juges de cours provinciales, précité*, par. 123. En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

Puis, au-delà du juriste chargé de résoudre les conflits entre les parties, le juge joue également un rôle fondamental pour l'observateur externe du système judiciaire. Le juge constitue le pilier de l'ensemble du système de justice et des droits et libertés que celui-ci tend à promouvoir et à protéger. Ainsi, pour les citoyens, non seulement le juge promet-il, par son serment, de servir les idéaux de Justice et de Vérité sur lesquels reposent la primauté du droit au Canada et le fondement de notre démocratie, mais il est appelé à les incarner (le juge Jean Beetz, Présentation du premier conférencier de la Conférence du 10^e anniversaire de l'Institut canadien d'administration de la justice, propos recueillis dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), p. 70-71).

En ce sens, les qualités personnelles, la conduite et l'image que le juge projette sont tributaires de celles de l'ensemble du système judiciaire et, par le fait même, de la confiance que le public place en celui-ci. Le maintien de cette confiance du public en son système de justice est garant de son efficacité et de son bon fonctionnement. Bien plus, la confiance du public assure le bien-être général et la paix sociale en maintenant un État de droit. Dans un ouvrage destiné à ses membres, le Conseil canadien de la magistrature explique :

La confiance et le respect que le public porte à la magistrature sont essentiels à l'efficacité de notre système de justice et, ultimement, à l'existence d'une démocratie fondée sur la primauté du droit. De nombreux facteurs peuvent ébranler la confiance et le respect du public à l'égard de la magistrature, notamment : des critiques injustifiées ou malavisées; de simples malentendus sur le rôle de la magistrature; ou encore toute conduite de juges, en cour ou hors cour, démontrant un manque d'intégrité. Par conséquent, les juges doivent s'efforcer d'avoir une conduite qui leur mérite le respect du public et ils doivent cultiver une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement.

(Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* (1998), p. 14)

The public will therefore demand virtually irreproachable conduct from anyone performing a judicial function. It will at least demand that they give the appearance of that kind of conduct. They must be and must give the appearance of being an example of impartiality, independence and integrity. What is demanded of them is something far above what is demanded of their fellow citizens.

Part of the expertise of the Judicial Council lies in its appreciation of the distinction between impugned judicial actions that can be dealt with in the traditional sense, through a normal appeal process, and those that may threaten the integrity of the judiciary as a whole, thus requiring intervention through the disciplinary provisions of the Act. The separation of functions between judicial councils and the courts, even if it could be said that their expertise is virtually identical, serves to insulate the courts, to some extent, from the reactions that may attach to an unpopular council decision. To have disciplinary proceedings conducted by a judge's peers offers the guarantees of expertise and fairness that judicial officers are sensitive to, while avoiding the potential perception of bias or conflict that could arise if judges were to sit in court regularly in judgment of each other. As Gonthier J. made clear in *Therrien*, other judges may be the only people in a position to consider and weigh effectively all the applicable principles, and evaluation by any other group would threaten the perception of an independent judiciary. A council composed primarily of judges, alive to the delicate balance between judicial independence and judicial integrity, must in my view attract in general a high degree of deference.

(1) Statutory Interpretation

The question of the proper interpretation of s. 6.11(4) of the Act, as to whether it binds the Judicial Council to the findings of fact made by the inquiry panel, is a question of law, and thus might normally attract a "correctness" standard of review. However, questions of law arising from the interpretation of a statute within the tribunal's

La population exigera donc de celui qui exerce une fonction judiciaire une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. Il devra être et donner l'apparence d'être un exemple d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Les exigences à son endroit se situent à un niveau bien supérieur à celui de ses concitoyens.

Une partie de l'expertise du Conseil de la magistrature consiste à apprécier la distinction entre les actes contestés des juges qui peuvent être traités de la façon traditionnelle, au moyen d'un processus d'appel normal, et ceux qui sont susceptibles de menacer l'intégrité de la magistrature dans son ensemble, exigeant donc une intervention par l'application des dispositions disciplinaires de la Loi. Même si on peut prétendre que l'expertise des conseils de la magistrature et celle des tribunaux sont pratiquement identiques, la séparation de leurs fonctions sert à isoler, dans une certaine mesure, les tribunaux des réactions qu'une décision impopulaire d'un conseil de la magistrature peut provoquer. La conduite des instances disciplinaires par les pairs des juges offre les garanties d'expertise et d'équité que connaissent les officiers de justice, tout en permettant d'éviter la perception de partialité ou de conflit qui pourrait prendre naissance si les juges siégeaient régulièrement en cour pour se juger les uns les autres. Comme le juge Gonthier l'a indiqué clairement dans *Therrien*, les autres juges sont peut-être les seuls à être en mesure d'examiner et de soupeser efficacement l'ensemble des principes applicables, et la perception d'indépendance de la magistrature serait menacée si un autre groupe effectuait cette évaluation. À mon avis, un conseil composé principalement de juges, conscient de l'équilibre délicat entre l'indépendance judiciaire et l'intégrité de la magistrature, doit généralement bénéficier d'un degré élevé de retenue.

(1) L'interprétation de la loi

La question de savoir s'il convient d'interpréter le par. 6.11(4) de la Loi comme obligeant le Conseil de la magistrature à adopter les conclusions de fait du comité d'enquête est une question de droit, qui pourrait normalement entraîner l'application de la norme de révision de la « décision correcte ». Cependant, les questions de droit découlant de

area of expertise will also attract some deference (see *Pasiechnyk, supra*). As Bastarache J. noted in *Pushpanathan, supra*, at para. 37, “even pure questions of law may be granted a wide degree of deference where other factors of the pragmatic and functional analysis suggest that such deference is the legislative intention”. In this case, the Council was interpreting an operational provision within its own statute, which conferred upon it a special and unique decision-making role within the justice system. The Council, composed of seven judges and three lay persons, must be regarded as having a reasonable degree of specialization and a high level of expertise.

l’interprétation d’une loi située dans le domaine d’expertise du tribunal administratif exigeront aussi une certaine retenue (voir *Pasiechnyk, précité*). Comme le juge Bastarache l’a souligné dans *Pushpanathan, précité*, par. 37, « il peut convenir de faire preuve d’un degré élevé de retenue même à l’égard de pures questions de droit, si d’autres facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que cela correspond à l’intention du législateur ». En l’espèce, le Conseil interprétait une disposition d’application de sa propre loi constitutive, laquelle lui confère un rôle décisionnel spécial et unique au sein du système de justice. Il faut considérer le Conseil, composé de sept juges et de trois non-juges, comme ayant un degré de spécialisation raisonnable et un niveau élevé d’expertise.

62 In light of this, and other factors reviewed above, issues of statutory interpretation by the Council should attract considerable deference and reviewing courts should not intervene unless the interpretation adopted by the Council is not one that it can reasonably bear. In any event I would uphold the interpretation given by the Council even on a correctness standard, as reflected in my analysis below.

Compte tenu de ce facteur et des autres facteurs examinés précédemment, il faut faire preuve d’un degré de retenue considérable à l’égard des questions d’interprétation législative par le Conseil, et les cours de révision ne devraient pas intervenir à moins que le Conseil n’ait adopté une interprétation qui ne peut raisonnablement pas être soutenue. De toute manière, cependant, je suis d’avis de confirmer l’interprétation du Conseil même en fonction de la norme de la décision correcte, comme on peut le constater dans l’analyse que j’effectue plus loin.

63 As indicated above, the inquiry panel was required to investigate a two-pronged complaint that it drafted. The first branch alleged that the remarks made by the respondent constituted misconduct, and the panel concluded that it did. The second branch alleged that as a result of those remarks the respondent was [TRANSLATION] “no longer able to perform her duties as a judge”. On that issue the panel found that no bias or appearance of bias had been demonstrated, that the respondent did not have pre-established beliefs and that her conduct did not justify her removal from office.

Comme je l’ai indiqué précédemment, le comité d’enquête était chargé de faire enquête sur la plainte à deux volets qu’il avait rédigée. Dans le premier volet, il est allégué que les remarques de l’intimée constituaient une inconduite, et c’est ce qu’a conclu le comité. Dans le deuxième volet, il est allégué qu’en raison de ces remarques, l’intimée « s’est rendue inapte à exercer ses fonctions de juge ». Sur cette question, le comité a conclu que l’existence de partialité ou d’apparence de partialité n’avait pas été démontrée, que l’intimée n’avait pas de croyance établie et que sa conduite ne justifiait pas la révocation.

64 Pursuant to s. 6.11(4), the Council was then required to make a decision between dismissal of the complaint, reprimand and recommendation for dismissal from the bench, “[b]ased on the findings

En application du par. 6.11(4), le Conseil devait alors décider entre le rejet de la plainte, la réprimande ou la recommandation de la révocation « en se fondant sur les conclusions du rapport et [. . .] sur

contained in the report and the representations [if any, by the respondent respecting the report]”.

I agree with the analysis of Drapeau J.A., equating the words “based on” in s. 6.11(4) of the Act with “taking into account” as opposed to “bound by”. As Drapeau J.A. has indicated, to suggest that the words have a binding impact creates a number of inconsistencies and incongruities within the Act. Moreover, any delegation of decision-making power from a tribunal to another body must be clearly and expressly authorized by statute. As Gonthier J. effectively summarized in *Therrien, supra*, at para. 93, “[i]t is settled law that a body to which a power is assigned under its enabling legislation must exercise that power itself and may not delegate it to one of its members or to a minority of those members without the express or implicit authority of the legislation, in accordance with the maxim hallowed by long use in the courts, *delegatus non potest delegare*”. In this case, the Act clearly indicates that the Council is to make the decision with regard to the sanction, if any, that should be imposed. The words “based on” in s. 6.11(4) cannot be read to permit an abdication of that authority.

In this case, the Council applied the evidence available to it to the question, [TRANSLATION] “[i]s the conduct alleged so manifestly and profoundly destructive of the concept of the impartiality, integrity and independence of the judicial role, that public confidence would be sufficiently undermined to render the judge incapable of executing the judicial office?” (*per* Drapeau J.A., *Moreau-Bérubé* (N.B.C.A.), *supra*, at para. 88). While the panel is required to express its “findings of fact and its findings as to the allegations of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties of the judge whose conduct is in question” (s. 6.11(1) of the Act) (emphasis added), the Council must interpret the findings of the panel for the purposes of “taking [them] into account” in rendering a final decision. There is nothing incongruous or unfair in such an interpretation of s. 6.11(4). The Council is free to put the weight that it considers appropriate on the findings of the panel, in light, in part, of

les représentations [, le cas échéant, de l’intimée au sujet du rapport] ».

Je souscris à l’analyse du juge Drapeau, qui a assimilé le terme « en se fondant sur » figurant au par. 6.11(4) de la Loi à celui « en tenant compte de », par opposition à « étant lié par ». Comme le juge Drapeau l’a indiqué, prétendre que le terme utilisé lie le Conseil donne naissance à des contradictions et incongruités dans la Loi. De plus, toute délégation de pouvoir décisionnel d’un tribunal administratif à un autre organisme doit être clairement et expressément autorisée par la loi. Comme le juge Gonthier l’a bien résumé dans *Therrien*, précité, « [i]l est bien connu que l’organisme qui se voit attribuer l’exercice d’un pouvoir en vertu de sa loi habilitante doit l’exercer lui-même et ne peut le déléguer à l’un de ses membres ou à une minorité de ceux-ci sans l’autorisation expresse ou implicite de la loi et ce, conformément à la maxime consacrée par la jurisprudence *delegatus non potest delegare* » (par. 93). En l’espèce, la Loi indique clairement que c’est le Conseil qui doit décider de la sanction à imposer, s’il y a lieu. On ne peut interpréter le terme « en se fondant sur » au par. 6.11(4) comme permettant une renonciation à ce pouvoir.

En l’espèce, le Conseil s’est servi de la preuve dont il disposait pour résoudre la question : « La conduite reprochée porte-t-elle si manifestement et si totalement atteinte aux notions d’impartialité, d’intégrité et d’indépendance de la justice qu’elle ébranle suffisamment la confiance de la population pour rendre le juge incapable de s’acquitter des fonctions de sa charge? » (le juge Drapeau dans *Moreau-Bérubé* (C.A.N.-B.), par. 88). Bien que le comité soit tenu de faire rapport de « ses conclusions de fait et de ses conclusions concernant les allégations portées contre le juge dont la conduite est en cause concernant son inconduite, sa négligence de remplir ses devoirs ou son inaptitude à exécuter ses fonctions » (par. 6.11(1) de la Loi (je souligne)), le Conseil doit interpréter les conclusions du comité afin de pouvoir « en ten[ir] compte » dans sa décision finale. Cette interprétation du par. 6.11(4) n’est ni incongrue ni inéquitable. Le Conseil est libre d’accorder le poids qu’il estime convenable aux conclusions du

the respondent's submissions, in order to come to a conclusion that must not be patently unreasonable.

comité, en se fondant notamment sur les observations de l'intimée, pour en arriver à une conclusion qui ne doit pas être manifestement déraisonnable.

67 Applying the proper standard of review to the interpretation given by the Council to the scope of its mandate based on its interpretation of s. 6.11(4) of its enabling statute, that standard being one of reasonableness *simpliciter*, the reviewing judge and the majority of the Court of Appeal should not have substituted their interpretation of that provision for the one adopted by the Council.

Compte tenu de la norme de révision applicable à la façon dont le Conseil a conçu la portée de son mandat selon son interprétation du par. 6.11(4) de sa loi habilitante, soit la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, le juge siégeant en révision et les juges majoritaires de la Cour d'appel n'auraient pas dû substituer leur interprétation de cette disposition à l'interprétation adoptée par le Conseil.

(2) Whether the Conclusions of the Council were Justifiable

(2) Les conclusions du Conseil sont-elles justifiables?

68 The second issue involves whether the ultimate decision of the Council to recommend the removal from office of Judge Moreau-Bérubé was justifiable. This question is one of mixed law and fact, and presents a more direct challenge to the Council's authority. In reviewing the Council's decisions, courts are asked to pass judgment on the Council's ability to assess, weigh, and apply the evidence to a particular legal threshold while discharging its core function. This is also where all the specialization and expertise of the Council come into play. The Council must serve its purpose with some degree of authority and finality, and its conclusions on questions of mixed law and fact should be afforded a high degree of deference.

La deuxième question est de savoir si la décision finale du Conseil de recommander la révocation de la juge Moreau-Bérubé est justifiable. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait qui constitue une contestation plus directe du pouvoir du Conseil. On demande aux tribunaux qui révisent les décisions du Conseil de se prononcer sur sa capacité d'apprécier, de soupeser et d'appliquer la preuve en fonction d'un seuil légal particulier tout en exerçant sa fonction essentielle. C'est aussi à ce stade que toute la spécialisation et toute l'expertise du Conseil entrent en jeu. Le Conseil doit atteindre son objectif en rendant des décisions ayant une certaine autorité et un certain caractère définitif, et ses conclusions sur les questions mixtes de droit et de fait exigent un degré élevé de retenue.

69 I agree with the standard imposed by Drapeau J.A., who alone expressed a position on the applicable standard of review, that determinations made by the Council should not be interfered with unless they are patently unreasonable.

Je suis d'accord avec la norme imposée par le juge Drapeau, le seul à s'être prononcé sur la norme de révision applicable, selon laquelle il ne faut pas modifier les conclusions du Conseil à moins qu'elles ne soient manifestement déraisonnables.

70 The central issue that the Council had to resolve in deciding to recommend the respondent's dismissal from the bench was whether her comments evidenced bias, or created an apprehension of bias such that she could no longer expect to enjoy the public trust in a fair and independent judiciary. Whether the proper legal test was applied is not in dispute. However, the respondent argues that the Council was patently unreasonable in ignoring certain findings made by the panel, which must be

La question principale que le Conseil devait résoudre en décidant de recommander la révocation de l'intimée était de savoir si les commentaires de celle-ci révélaient sa partialité ou donnaient lieu à une crainte de partialité telle qu'elle ne pouvait plus s'attendre à ce que le public lui témoigne de sa confiance en une magistrature indépendante et équitable. La question de savoir si le critère juridique approprié a été appliqué n'est pas en litige. L'intimée soutient toutefois que le Conseil a agi de

regarded as the primary trier of fact in this case, and in replacing those findings with conclusions of its own.

In my view, it was within the power of the Council to draw its own conclusions, and, in light of the sweeping and generalized nature of Judge Moreau-Bérubé's derogatory comments, it would be difficult to call the conclusion reached by the Council patently unreasonable. This is not a case where the Council should have deferred to the privileged position of the panel as a primary fact-finder on the critical issue of whether the misconduct of the respondent created a reasonable apprehension of bias such as to render her unfit to continue to occupy a judicial post. The power to impose the appropriate sanction, which rests solely with the Council, presupposes the power to characterize appropriately the nature and seriousness of the misconduct, based in part on the recital of events, and appreciation of these events, by the panel reporting to the Council.

The comments of Judge Moreau-Bérubé, as well as her apology, are a matter of record. In deciding whether the comments created a reasonable apprehension of bias, the Council applied an objective test, and attempted to ascertain the degree of apprehension that might exist in an ordinary, reasonable person. The expertise to decide that difficult issue rests in the Council, a large collegial body composed primarily of judges of all levels of jurisdiction in the province, but also of non-judges whose input is important in formulating that judgment. The Judicial Council has been charged by statute to guard the integrity of the provincial judicial system in New Brunswick. In discharging its function, the Council must be acutely sensitive to the requirements of judicial independence, and it must ensure never to chill the expression of unpopular, honestly held views in the context of court proceedings. It must also be equally sensitive to the reasonable expectations of an informed dispassionate public that holders of judicial office will remain at all times worthy of trust, confidence and respect.

manière manifestement déraisonnable en ne tenant pas compte de certaines conclusions du comité, lequel doit être considéré comme le principal juge des faits en l'espèce, et en les remplaçant par ses propres conclusions.

À mon avis, il était du pouvoir du Conseil de tirer ses propres conclusions et, vu la grande portée et la nature généralisée des commentaires désobligeants de la juge Moreau-Bérubé, il serait difficile de qualifier de manifestement déraisonnable la conclusion du Conseil. Il ne s'agit pas d'un cas où le Conseil aurait dû s'en remettre à la position privilégiée qu'avait le comité en tant que principal juge des faits quant à la question cruciale de savoir si l'inconduite de l'intimée avait donné lieu à une crainte raisonnable de partialité de nature à la rendre inapte à continuer d'occuper la charge de juge. Le pouvoir d'imposer la sanction appropriée, que seul le Conseil possède, suppose le pouvoir de qualifier comme il se doit la nature et la gravité de l'inconduite en fonction notamment de l'exposé et l'appréciation des événements par le comité faisant rapport au Conseil.

Les commentaires de la juge Moreau-Bérubé ainsi que ses excuses figurent au dossier. Pour décider si ces commentaires ont donné lieu à une crainte raisonnable de partialité, le Conseil a appliqué un critère objectif et a tenté d'établir le niveau de crainte que peut éprouver une personne raisonnable ordinaire. C'est le Conseil qui possède l'expertise nécessaire pour trancher cette question difficile, lui qui constitue un large organisme collégial formé principalement de juges de toutes les instances de la province, mais également de non-juges dont la participation à la formulation de la décision est importante. La Loi a chargé le Conseil de la magistrature de protéger l'intégrité du système judiciaire du Nouveau-Brunswick. Lorsqu'il exerce sa fonction, le Conseil doit porter beaucoup d'attention aux exigences de l'indépendance judiciaire et il doit faire en sorte de ne jamais décourager, dans le cadre des instances judiciaires, l'expression d'opinions sincères impopulaires. Il doit également porter tout autant d'attention au fait qu'un public informé et objectif peut raisonnablement s'attendre à ce que les titulaires d'une charge judiciaire demeurent en tout temps dignes de confiance et de respect.

71

72

73

I find nothing patently unreasonable in the Council's decision to draw its own conclusions with regard to whether the comments of Judge Moreau-Bérubé created an apprehension of bias sufficient to justify a recommendation for her removal from duties as a Provincial Court judge. Even on a standard of reasonableness *simpliciter*, I would find no basis to interfere with the Council's decision. On this record, I believe that the respondent has received a fair hearing, conducted in accordance with the will of the legislature and consistent with the requirements of both judicial independence and integrity.

(3) Procedural Fairness

74

The third issue requires no assessment of the appropriate standard of judicial review. Evaluating whether procedural fairness, or the duty of fairness, has been adhered to by a tribunal requires an assessment of the procedures and safeguards required in a particular situation. (See generally *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, and *Baker, supra*.)

75

The duty to comply with the rules of natural justice and to follow rules of procedural fairness extends to all administrative bodies acting under statutory authority (see *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653; *Baker, supra*, at para. 20; *Therrien, supra*, at para. 81). Within those rules exists the duty to act fairly, which includes affording to the parties the right to be heard, or the *audi alteram partem* rule. The nature and extent of this duty, in turn, "is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (as *per* L'Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*, at para. 21). Here, the scope of the right to be heard should be generously construed since the Judicial Council proceedings are similar to a regular judicial process (see *Knight, supra*, at p. 683); there is no appeal from the Council's decision (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 7-66 to 7-67); and the implica-

Je ne trouve rien de manifestement déraisonnable dans la décision du Conseil de tirer ses propres conclusions relativement à la question de savoir si les commentaires de la juge Moreau-Bérubé ont donné lieu à une crainte de partialité suffisante pour justifier la recommandation de sa révocation comme juge de la Cour provinciale. Même selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, je conclurais à l'absence de motif justifiant la modification de la décision du Conseil. D'après le présent dossier, j'estime que l'intimée a bénéficié d'une audience équitable, conforme à la volonté du législateur et aux exigences de l'indépendance judiciaire et de l'intégrité de la magistrature.

(3) L'équité procédurale

La troisième question n'exige pas qu'on détermine la norme de révision judiciaire applicable. Pour vérifier si un tribunal administratif a respecté l'équité procédurale ou l'obligation d'équité, il faut établir quelles sont les procédures et les garanties requises dans un cas particulier. (Voir de façon générale *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, et *Baker*, précité.)

L'obligation de se conformer aux règles de justice naturelle et à celles de l'équité procédurale s'étend à tous les organismes administratifs qui agissent en vertu de la loi (voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 653; *Baker*, précité, par. 20; *Therrien*, précité, par. 81). Ces règles comportent l'obligation d'agir équitablement, notamment d'accorder aux parties le droit d'être entendu (la règle *audi alteram partem*). Cette obligation a une nature et une étendue « éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (le juge L'Heureux-Dubé dans *Baker*, précité, par. 21). En l'espèce, il faut interpréter généreusement la portée du droit d'être entendu puisque le processus administratif du Conseil de la magistrature ressemble au processus judiciaire habituel (voir *Knight*, précité, p. 683); la décision du Conseil est sans appel (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles),

tions of the hearing for the respondent are very serious (see *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113).

The respondent argues that she had a reasonable expectation that the Council would not impose a penalty more serious than a reprimand for three main reasons:

1. The inquiry panel had recommended a reprimand, and had found that the respondent was able to continue performing her duties as a Provincial Court judge.
2. The Council, though it had the discretion to suspend her pending the inquiry's outcome, had allowed the respondent to discharge her judicial function for more than a year following her impugned comments. This, the respondent argues, created an expectation that the Council would proceed on the basis that she was able to continue performing her duties as a judge.
3. Dismissal had never been expressly contemplated or argued by any person at any level of the inquiry prior to the delivery of that sanction.

Under s. 6.11(3), the respondent had the "right to make representations to [the Council] either in person or through counsel and either orally or in writing, respecting the [panel's] report prior to the taking of action by the Judicial Council" (emphasis added). She essentially argues that when the panel recommended something less than removal from the bench, they indirectly took away her ability to argue against that sanction, and that her representations to the Council would have been affected had she known that a recommendation for removal from the bench was being considered.

I am not persuaded by any of these arguments. The doctrine of reasonable expectations does not create substantive rights, and does not fetter the discretion of a statutory decision-maker. Rather, it operates as a component of procedural fairness, and finds application when a party affected by an administrative decision can establish a legitimate expectation that a certain procedure would be fol-

vol. 1, p. 7-66 et 7-67); et les enjeux de l'audience sont très graves pour l'intimée (voir *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, p. 1113).

L'intimée prétend qu'elle pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le Conseil n'impose pas une sanction plus sévère que la réprimande, et ce, pour trois raisons principales :

1. Le comité d'enquête avait recommandé une réprimande et avait conclu que l'intimée était apte à continuer d'exercer ses fonctions de juge de la Cour provinciale.
2. Même s'il avait le pouvoir discrétionnaire de la suspendre en attendant l'issue de l'enquête, le Conseil avait permis à l'intimée d'exercer sa fonction judiciaire pendant plus d'un an à la suite de ses commentaires contestés. Selon l'intimée, cette permission l'a amenée à s'attendre à ce que le Conseil tiendrait pour acquis qu'elle était apte à continuer d'exercer ses fonctions de juge.
3. On n'avait à aucune étape de l'enquête expressément envisagé la révocation ni plaidé en sa faveur avant l'imposition de cette sanction.

En vertu du par. 6.11(3), l'intimée avait le « droit de faire des représentations au Conseil [...] en personne ou par un avocat, par écrit ou verbalement, concernant le rapport [du comité] avant que le Conseil de la magistrature n'entreprenne une action » (je souligne). Elle prétend essentiellement qu'en recommandant une sanction moins sévère que la révocation, le comité l'a indirectement privée de la possibilité de présenter des arguments contre la révocation et que si elle avait su qu'une recommandation de révocation était envisagée, elle aurait plaidé en conséquence devant le Conseil.

Aucun de ces arguments ne me convainc. La doctrine de l'attente raisonnable ne crée pas de droits fondamentaux et n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire du décideur légal. Elle fait plutôt partie des règles de l'équité procédurale et trouve application dans les cas où une partie affectée par une décision administrative peut établir qu'elle s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure

76

77

78

lowed: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557; *Baker, supra*, at para. 26. The doctrine can give rise to a right to make representations, a right to be consulted or perhaps, if circumstances require, more extensive procedural rights. But it does not otherwise fetter the discretion of a statutory decision-maker in order to mandate any particular result: see D. Shapiro, *Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law* (1992), 8 *J. L. & Social Pol'y* 282, at p. 297.

79

In the circumstances of this case, I cannot accept that the Council violated Judge Moreau-Bérubé's right to be heard by not expressly informing her that they might impose a sanction clearly open to them under the Act. The doctrine of legitimate expectations can find no application when the claimant is essentially asserting the right to a second chance to avail him- or herself of procedural rights that were always available and provided for by statute. Moreover, the inquiry panel had no authority to make a recommendation to the Council about the appropriate sanction. This is made abundantly clear in the Act, where s. 6.11(1) states, "the panel shall report to the chairman its findings of fact and its findings as to the allegations of misconduct, neglect of duty or inability to perform duties of the judge whose conduct is in question". This contrasts with the decision-making role of the Council once the panel's report is complete, as stipulated in s. 6.11(4) which states that "[b]ased on the findings contained in the report . . . the Judicial Council may . . . dismiss the complaint, . . . issue a reprimand . . ., or . . . recommend . . . that the judge be removed from office". Regardless of the fact that the panel made a recommendation that it was not mandated to make, the Council had a clear and plain discretion to choose between three options. I do not believe that the respondent, a judge, who had legal advice throughout, could have misapprehended the issues that were alive before the Judicial Council. She never asserted making such an error until it was raised by Angers J. on judicial review.

soit suivie : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557; *Baker*, précité, par. 26. Elle peut donner lieu au droit de faire des observations, au droit d'être consulté et peut-être, si les circonstances l'exigent, à des droits procéduraux plus étendus. Mais autrement elle n'entrave pas le pouvoir discrétionnaire du décideur légal de façon à entraîner un résultat particulier : voir D. Shapiro, *Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law* (1992), 8 *J. L. & Pol'y* 282, p. 297.

En l'espèce, je ne peux pas convenir que le Conseil a porté atteinte au droit de la juge Moreau-Bérubé d'être entendue en ne l'informant pas expressément qu'il pourrait lui imposer une sanction que lui permet clairement la Loi. La doctrine de l'attente légitime ne trouve pas application dans le cas où le requérant demande essentiellement le droit à une deuxième chance de se prévaloir des droits procéduraux qui ont toujours été disponibles et prévus par la loi. Par ailleurs, le comité d'enquête n'avait pas le pouvoir de faire une recommandation au Conseil quant à la sanction appropriée. La Loi l'indique d'une façon on ne peut plus claire, son par. 6.11(1) prévoyant que « le comité doit faire rapport au président de ses conclusions de fait et de ses conclusions concernant les allégations portées contre le juge dont la conduite est en cause concernant son inconduite, sa négligence de remplir ses devoirs ou son inaptitude à exécuter ses fonctions ». Cela contraste avec le rôle décisionnel qu'a le Conseil une fois le rapport du comité terminé, comme le prescrit ainsi le par. 6.11(4) : « Le Conseil de la magistrature, en se fondant sur les conclusions du rapport [. . .] peut [. . .] rejeter la plainte, [. . .] adresse[r] une réprimande [. . .], ou [. . .] recommander [. . .] que le juge soit démis de ses fonctions ». Peu importe que le comité ait fait une recommandation qu'il n'était pas autorisé à faire, le Conseil avait le pouvoir discrétionnaire clair et absolu de choisir parmi trois options. Je ne crois pas qu'étant juge et ayant bénéficié de conseils juridiques tout au long du processus, l'intimée ait pu avoir mal compris les questions en jeu devant le Conseil de la magistrature. Elle n'a jamais affirmé avoir commis une telle erreur avant que celle-ci soit soulevée par le juge Angers en révision judiciaire.

Similarly, the Council's decision not to suspend the respondent pending the outcome of the inquiry does not limit the Council's statutorily authorized discretion. Obviously the outcome of the inquiry is not known at the outset and thus the decision of whether to suspend cannot be taken as any indication as to the inquiry's eventual outcome. Moreover, I note that while the respondent was not suspended from the bench, she was relocated to another district for the duration of the inquiry.

The fact that a recommendation for dismissal was not discussed prior to being issued is also not relevant. The Council has no obligation to remind the respondent to read s. 6.11(4) carefully. While the Council might have opted, as a part of their procedure, to remind Judge Moreau-Bérubé that the Council would not be bound by any recommendations made by the inquiry panel, they chose not to, and that was within their discretion. As L'Heureux-Dubé J. noted in *Baker, supra*, at para. 27:

... the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: *Brown and Evans, supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, per Gonthier J.

In coming to the conclusions they did, the Court of Appeal and Angers J. relied in particular on *Michaud, supra*. I agree with Drapeau J.A. that *Michaud* is distinguishable. In that case, the recommended sanction was a product of a joint submission and the affected person made no representations. By contrast, Judge Moreau-Bérubé's counsel made arguments before the tribunal to the effect that no reprimand should be administered, contrary to the recommendation of the inquiry panel. This demonstrates that the respondent was well aware that the Council was not bound by the recommenda-

80
De même, la décision du Conseil de ne pas suspendre l'intimée dans l'attente de l'issue de l'enquête ne limite pas le pouvoir discrétionnaire que la Loi lui confère. De toute évidence, l'issue de l'enquête est inconnue au départ, de sorte que la décision de suspendre ou non ne peut être interprétée comme une indication de l'issue de l'enquête. De plus, je souligne que, même si l'intimée n'a pas été suspendue, elle a été mutée à un autre district pour la durée de l'enquête.

81
Le fait qu'on n'ait pas mentionné la possibilité d'une recommandation de révocation avant d'émettre cette recommandation n'est également pas pertinent. Le Conseil n'a pas l'obligation de rappeler à l'intimée de lire attentivement le par. 6.11(4). Même si, dans le cadre de sa procédure, le Conseil aurait pu rappeler à la juge Moreau-Bérubé qu'il n'était pas lié par les recommandations du comité d'enquête, il a décidé de ne pas le faire et il avait le pouvoir discrétionnaire de prendre cette décision. Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a souligné dans *Baker*, précité, par. 27 :

... l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances : *Brown et Evans, op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles : *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

82
En tirant leurs conclusions, la Cour d'appel et le juge Angers se sont fondés en particulier sur *Michaud*, précité. Je conviens avec le juge Drapeau que l'arrêt *Michaud* doit être distingué d'avec la présente affaire. Dans *Michaud*, la sanction avait fait l'objet d'une recommandation conjointe et la personne touchée n'avait fait aucune observation. Par contre, l'avocat de la juge Moreau-Bérubé a soutenu devant le tribunal administratif qu'aucune réprimande ne devait être adressée, contrairement à la recommandation du comité d'enquête, ce qui démontre que l'intimée savait fort bien que le

tions of the inquiry panel and that it would come to its own independent decision about the sanction that was appropriate in light of the misconduct. She herself was urging the Council to disregard the recommendation of the inquiry panel.

Conseil n'était pas lié par les recommandations de celui-ci et qu'il prendrait sa propre décision au sujet de la sanction appropriée face à l'inconduite. La juge Moreau-Bérubé a elle-même incité le Conseil à ne pas tenir compte de la recommandation du comité d'enquête.

83 I agree with the comments of Drapeau J.A. who noted that [TRANSLATION] "it is undeniable that at each step where she had the right, Judge Moreau-Bérubé was fully heard" (para. 150). Acknowledging that the nature of these disciplinary proceedings imposes on the Council a stringent duty to act fairly, I can find no breach of the rules of natural justice in the context of this case.

Je partage l'avis du juge Drapeau, selon lequel « il est incontestable qu'à chaque étape où elle avait ce droit, la juge Moreau-Bérubé a été entendue pleinement » (par. 150). Je suis consciente que la nature de ces procédures disciplinaires impose au Conseil une stricte obligation d'agir équitablement, mais je ne peux trouver aucune violation des règles de justice naturelle en l'espèce.

C. *Constitutional Issue*

C. *La question constitutionnelle*

84 I agree with Angers J. and the New Brunswick Court of Appeal that this matter has been settled by this Court, and thus that the procedure set forth by the Act to sanction misconduct of a provincial court judge does meet the minimal standards required to ensure respect for the principle of judicial independence. (See *Therrien, supra*, at para. 76; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, supra*; *Valente, supra*.)

Je conviens avec le juge Angers et la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick que la Cour a réglé cette question et que la procédure qu'a établie la Loi pour sanctionner l'inconduite d'un juge d'une cour provinciale est conforme aux normes minimales requises pour garantir le respect du principe de l'indépendance judiciaire. (Voir *Therrien*, précité, par. 76; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité; *Valente*, précité.)

VII. Disposition

VII. Dispositif

85 Accordingly, I would allow the appeal with costs and restore the decision of the New Brunswick Judicial Council.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the appellant the Judicial Council: Barry Spalding Richard, Saint John.

Procureurs de l'appelant le Conseil de la magistrature: Barry Spalding Richard, Saint John.

Solicitors for the respondent: Bertrand & Bertrand, Fredericton.

Procureurs de l'intimée: Bertrand & Bertrand, Fredericton.

Gerald Augustine Regan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec and the Attorney General for New Brunswick *Interveners*

INDEXED AS: R. v. REGAN

Neutral citation: 2002 SCC 12.

File No.: 27541.

2001: March 15; 2002: February 14.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Remedies — Abuse of process — Stay of proceedings — Accused charged with sex-related offences — Police identifying accused as suspect before charges laid — Crown engaging in “judge shopping” and conducting pre-charge interviews of complainants — Trial judge staying some of charges — Court of Appeal overturning stay — Whether conduct of Crown and police amounted to abuse of process — Whether partial stay of proceedings warranted — Whether Court of Appeal entitled to interfere with trial judge’s decision to grant partial stay.

During the police investigation into allegations that the accused, a former Premier of Nova Scotia, had committed numerous sexual offences against a variety of young women who had worked for or with him, a police officer confirmed to a reporter that the accused was under investigation, in violation of police policy to remain silent about individual suspects until charges are laid. At the conclusion of the investigation, a report was submitted to the Director of Public Prosecutions (“DPP”) requesting his opinion about the laying of charges. The DPP recommended that charges should be laid involving four of the eight Nova Scotia-based complainants who

Gerald Augustine Regan *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. REGAN

Référence neutre : 2002 CSC 12.

N° du greffe : 27541.

2001 : 15 mars; 2002 : 14 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Réparations — Abus de procédure — Suspension des procédures — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — La police a révélé l'identité de l'accusé avant que des accusations soient portées — Le ministère public était à la recherche d'un juge accommodant et a mené des entrevues pré-inculpation avec les plaignantes — Le juge du procès a suspendu certaines des accusations — La Cour d'appel a annulé la suspension — La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure? — La suspension partielle des procédures était-elle justifiée? — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension partielle?

Au cours d'une enquête policière sur des allégations voulant que l'accusé, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, ait commis de nombreuses infractions sexuelles contre plusieurs jeunes femmes ayant travaillé pour lui ou avec lui, un agent a confirmé à un journaliste la tenue de l'enquête, contrevenant ainsi à la politique de la police interdisant la divulgation de tout renseignement au sujet d'un suspect tant que des accusations n'ont pas été portées. À la fin de l'enquête, la police a remis au directeur des poursuites criminelles (« DPC ») un rapport lui demandant son avis sur les accusations à porter. Le DPC a recommandé que des accusations soient

were willing to testify. He chose the incidents which involved the most serious physical violations. He also recommended that the police re-contact the six women who had been victims of apparent criminal conduct, but were unwilling to testify. The police did not agree with the DPP's charging recommendation, being of the view that a more complete picture of the allegations against the accused should be put before the court. After the Crown joined police in re-interviewing most of the original complainants, 19 counts for sex-related offences were laid against the accused. One year after the preliminary inquiry, the Crown decided to prefer a direct indictment setting out 18 counts of sex-related offences, including one new charge (count 16).

After the DPP's written recommendation, one of the Crown Attorneys met with police. At that recorded meeting, she suggested that it would not be "advisable" for charges to be brought before a particular judge, because she thought he might be a political appointment of the same party as the accused. Instead, she said she would "keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest". Police and Crown also agreed to re-interview a number of the complainants.

Citing the cumulative effect of this Crown behaviour combined with the police premature identification of him as a suspect, the accused sought a stay of all of the charges. At trial, a partial stay — 9 of the 18 counts — was granted. One of the charges stayed was count 16, which was similar in fact to an incident alleged to have occurred in Alberta, and the trial judge was suspicious that the Crown's eagerness to put the Alberta facts before a Nova Scotia court motivated the Crown to lay this new, similar, Nova Scotia-based charge. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the Crown's appeal and set aside the stays of the nine counts.

Held (Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ.: A stay of proceedings will only be granted as a remedy for an abuse of process

portées à l'égard des infractions perpétrées contre quatre des huit plaignantes de Nouvelle-Écosse qui étaient disposées à témoigner. Il a choisi les incidents comportant les atteintes les plus graves à l'intégrité physique. Il a aussi recommandé à la police de communiquer à nouveau avec les six femmes qui avaient été apparemment victimes d'une conduite criminelle, mais qui n'étaient pas disposées à témoigner. La police n'était pas d'accord avec la recommandation du DPC concernant les accusations à porter, estimant qu'il fallait présenter au tribunal un tableau plus complet des allégations formulées contre l'accusé. Après les nouvelles entrevues menées conjointement par la police et par le ministère public auprès de la plupart des plaignantes originales, 19 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel ont été portés contre l'accusé. Un an après l'enquête préliminaire, le ministère public décidait de procéder par voie de mise en accusation directe sous 18 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel, dont une nouvelle accusation (le 16^e chef).

À la suite des recommandations écrites du DPC, une procureure de la Couronne a rencontré la police. Lors de cette réunion qui a été enregistrée, elle a laissé entendre qu'il ne serait pas « souhaitable » que les accusations soient portées devant un juge en particulier, puisqu'elle croyait que celui-ci avait été nommé par le parti auquel appartenait l'accusé. Elle a dit avoir plutôt l'intention de « surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt ». La police et la Couronne ont aussi convenu de réinterroger plusieurs plaignantes.

L'accusé a demandé la suspension de toutes les accusations en invoquant l'effet cumulatif de ce comportement du ministère public, combiné à la révélation prématurée par la police des soupçons pesant contre lui. Au procès, une suspension partielle — touchant 9 des 18 chefs d'accusation — lui a été accordée. L'un des chefs suspendus était le 16^e, qui portait sur des faits semblables à ceux d'un incident supposément survenu en Alberta; le juge du procès soupçonnait que c'est l'empressement à saisir un tribunal de la Nouvelle-Écosse des faits survenus en Alberta qui avait motivé le ministère public à déposer cette nouvelle accusation, similaire, fondée cette fois sur des faits survenus en Nouvelle-Écosse. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et annulé la suspension des neuf chefs d'accusation.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel : La suspension des procédures ne sera accordée à titre de

in the “clearest of cases”. Regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused, because of an unfair trial, or to the integrity of the justice system, a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met: (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice. The first criterion is critically important, and reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective rather than a retroactive remedy. While most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair, under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system. When dealing with an abuse which falls into the residual category, a stay of proceedings is generally speaking only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in exceptional, relatively very rare cases will the past misconduct be so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. Where uncertainty persists about whether the abuse is sufficient to warrant the drastic remedy of a stay, a third criterion is considered: the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings are balanced against the interest that society has in having a final decision on the merits.

The judge shopping in this case was offensive. Judge shopping is unacceptable both because of its unfairness to the accused, and because it tarnishes the reputation of the justice system. Furthermore, it should not infect the investigative process by involving police in a conspiracy to manipulate the process. The trial judge quite properly was seriously troubled by this evidence. He nevertheless was mindful that this single comment was not acted upon, and did not find it determinative in his ultimate conclusion that the process against the accused had been abusive to the point of necessitating a stay of proceedings.

Wide-ranging pre-charge Crown interviews are not, *per se*, an abuse of process. While the separation of police and Crown roles is a well-established principle of our criminal justice system, different provinces have implemented this principle in various ways. In some Canadian jurisdictions, pre-charge interviews by the Crown are a regular, even common practice. In these jurisdictions at least, it appears that public policy is served by the practice, and potentially harmful and

réparation pour un abus de procédure que dans « les cas les plus manifestes ». Que le préjudice découlant de l’abus soit causé à l’accusé, qui ne bénéficie pas d’un procès équitable, ou porté à l’intégrité du système de justice, l’arrêt des procédures s’avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis : (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Le premier critère est d’une importance capitale. Il reflète le caractère prospectif plutôt que rétroactif de la suspension des procédures. Si la plupart des cas d’abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable, il existe toutefois, en vertu de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l’équité du procès, mais qui n’en mine pas moins la justice fondamentale du système. Lorsqu’il s’agit d’un abus qui appartient à la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l’abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquentement. Ce n’est que dans des cas exceptionnels, relativement très rares, que la conduite passée reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. S’il subsiste un degré d’incertitude quant à savoir si l’abus est suffisamment grave pour justifier la réparation draconienne que constitue la suspension, on applique un troisième critère : on met en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond.

La recherche d’un juge accommodant était outrageante en l’espèce. La recherche d’un juge accommodant est une pratique inacceptable à la fois parce qu’elle est injuste envers l’accusé et parce qu’elle ternit la réputation du système judiciaire. De plus, cette pratique ne devrait pas contaminer le processus d’enquête en mêlant la police à un complot visant à manipuler le processus judiciaire. Le juge du procès était, à bon droit, gravement préoccupé par cette preuve. Il a toutefois tenu compte du fait que ce simple commentaire n’avait pas eu de suite, et il ne l’a pas jugé déterminant dans sa conclusion finale que le processus engagé contre l’accusé avait été abusif au point de justifier une suspension des procédures.

Les entrevues de portée étendue effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations ne constituent pas en elles-mêmes un abus de procédure. Bien que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public soit un principe bien établi dans notre système de justice pénale, les provinces appliquent ce principe de différentes façons. Dans certains ressorts canadiens, le recours à des entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public est une pratique

arbitrary results are avoided by the refusal to draw a hard line at the decision to lay charges, before which Crown counsel may not interview complainants. The pre-charge interviews in this case were done in accordance with the common practice of some other provinces, a practice more wide-ranging than the narrow, exceptional to rare practice the trial judge described. Furthermore, the Crown conducted an understandable review of the potential witnesses, in the wake of an early recommendation by the DPP that was not determinative. Given the uncertainty of the charges at that point, it could not be known whether the re-interviews led to more charges than would otherwise have been laid.

The trial judge was correct in his finding that the police error in releasing the accused's name as a suspect well in advance of any charges does not rise to the level of egregious abuse. While the police policy that the identity of suspects may be released only after charges have been laid is laudable, and a breach of it should not be condoned, other evidence on the record indicates that after this one misstep, the police exercised greater caution in preventing further information leaks until the process was truly public. Moreover, the prejudice experienced by the accused as a result of this early leak — humiliation and stress — cannot be attributed to this police error alone. The serious remedy of a stay of proceedings is not an appropriate method to denounce or punish past police conduct of this nature.

The trial judge erred in finding an abusive or improper purpose behind the laying of count 16. The trial judge's erroneous finding of a loss of Crown objectivity influenced this holding. If the trial judge had not started from the premise that the Crown had lost its objectivity, there would have been no justification for the trial judge to find the similarity between count 16 and the Alberta incident as the primary motivation for count 16, virtually ignoring the reasonable and probable grounds for laying count 16 in its own right.

There was no abuse of process in this case. The cumulative effect of the judge shopping, pre-charge

régulière, voire courante. Dans ces ressorts, à tout le moins, cette pratique semble bien servir l'ordre public, et il est possible d'éviter des résultats potentiellement nuisibles et arbitraires en refusant de tirer une ligne de démarcation très nette correspondant à la décision de porter des accusations, avant laquelle le procureur de la Couronne ne peut interroger les plaignants. En l'espèce, les entrevues effectuées avant le dépôt des accusations se sont déroulées conformément à la pratique courante dans certaines autres provinces, pratique de portée plus étendue que la pratique étroite, exceptionnelle et rare que le juge du procès a décrite. De plus, le ministère public a procédé à une évaluation, facile à comprendre, des témoins potentiels, à la suite d'une recommandation antérieure du DPC qui n'était pas déterminante. Comme les accusations n'étaient pas arrêtées de façon certaine à ce moment, il était impossible de savoir si les nouvelles entrevues ont entraîné le dépôt d'un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été portées autrement.

Le juge du procès a conclu à bon droit que l'erreur, commise par la police lorsqu'elle a communiqué le nom de l'accusé comme suspect bien avant le dépôt de toute accusation, n'atteignait pas le niveau d'un abus flagrant. La politique de la police consistant à n'autoriser la divulgation de l'identité des suspects qu'après le dépôt des accusations, est assurément louable et on ne doit pas chercher à en excuser la violation. Toutefois, d'autres éléments de preuve versés au dossier montrent qu'après cet impair, la police a agi avec plus de circonspection afin de prévenir d'autres fuites jusqu'au moment où le processus est vraiment devenu public. De plus, le préjudice subi par l'appelant par suite de cette fuite prématurée — l'humiliation et le stress — ne peut être attribué exclusivement à cette erreur de la police. La grave réparation que constitue la suspension des procédures n'est pas une méthode appropriée pour dénoncer ou punir une conduite passée de cette nature de la part de la police.

Le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'une fin abusive ou répréhensible avait motivé le dépôt du 16^e chef d'accusation. Sa conclusion quant à la perte d'objectivité du ministère public a influencé cette décision. S'il n'avait pas retenu comme prémisse que le ministère public avait perdu son objectivité, le juge du procès n'aurait eu aucun motif pour conclure que la similarité entre le 16^e chef d'accusation et l'incident albertain représentait la raison principale du dépôt du 16^e chef d'accusation, tout en ignorant à toutes fins pratiques les motifs raisonnables et probables qui justifiaient de déposer le 16^e chef.

Il n'y a pas eu abus de procédure en l'espèce. L'effet cumulatif de la recherche d'un juge accommodant, des

Crown interviews, the improper police announcement, and the addition of count 16 in the direct indictment, while troubling in some respects, does not rise to the level of abuse of process which is egregious, vexatious, oppressive or which would offend the community's sense of decency and fair play. Moreover, this conduct, even if it did amount to an abuse, did not have an ongoing effect on the accused which would jeopardize the fairness of his trial.

The trial judge fell into error when he ordered the ultimate remedy of a partial stay of a number of charges. The trial judge misconceived the governing test for a stay of proceedings. Instead of inquiring into whether the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by ongoing proceedings, and then inquiring into whether any remedy other than a stay could cure this ongoing taint, the trial judge focussed his attention only on the final balancing exercise. The abuse found by the trial judge should be and was addressed by remedies other than a stay. Moreover, even if the trial judge had found an ongoing abuse which could only be remedied by a stay, the cumulative effect of the abuse still left some question about whether this was one of those clearest of cases warranting a stay. In his balancing analysis, the trial judge omitted some significant issues relevant to the public interest. Victims of sexual assault must be encouraged to trust the system and bring allegations to light. As the police saw it, there is evidence of a pattern of an assailant sexually attacking young girls and women who were in a subordinate power relationship with the accused, in some cases bordering on a relationship of trust. When viewed in this light, the charges are very serious and society has a strong interest in having the matter adjudicated, in order to convey the message that if such assaults are committed they will not be tolerated, and that young women must be protected from such abuse. In omitting to consider any of these issues which favour proceeding with charges, the trial judge's discretion was not fully exercised and therefore cannot stand.

The decision to grant a stay is a discretionary one, which should not be lightly interfered with. However, where the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts, the decision based on these facts may be reversed. Here, the trial judge made palpable and overriding factual errors which set his assessment of the facts askew. He was in error when he ruled that "pre-charge Crown interviewing in this country is . . . non-existent to rare". As well,

entrevues effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations, de la divulgation irrégulière de la police et de l'ajout du 16^e chef d'accusation lors de la mise en accusation directe, bien que préoccupant à certains égards, n'atteint pas le niveau d'un abus de procédure flagrant, oppressif et vexatoire ou qui heurterait le sens de l'équité et du franc-jeu de la société. De plus, même si elle constituait un abus, cette conduite n'a pas eu, sur l'accusé, d'effet persistant qui compromettrait l'équité du procès.

Le juge du procès a commis une erreur en accordant la réparation ultime que constitue la suspension partielle de plusieurs accusations. Le juge du procès a mal interprété le critère régissant les abus de procédure. Plutôt que de se demander si l'abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite des procédures, puis si une autre réparation que la suspension pouvait faire disparaître ce préjudice persistant, le juge du procès a concentré son attention uniquement sur l'opération finale de mise en équilibre des intérêts. L'abus décelé par le juge du procès pouvait être corrigé par des réparations autres que la suspension des procédures, et c'est ce qui a été fait. De plus, même si le juge du procès avait conclu à l'existence d'un abus persistant qui ne pourrait être corrigé que par une suspension des procédures, l'examen de l'effet cumulatif de l'abus laissait encore en suspens la question de savoir s'il s'agissait bien d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension. Dans la mise en balance, le juge du procès a omis certains facteurs pertinents à l'égard de l'intérêt public. Les victimes d'agression sexuelle doivent être encouragées à faire confiance au système et à porter plainte. La police a décelé dans la preuve la tendance d'un agresseur sexuel à s'attaquer à de jeunes filles et à de jeunes femmes qui se trouvaient dans une position de subordination face à l'accusé, voire, dans certains cas, à la limite d'une relation de confiance. Vues sous cet angle, les accusations sont très graves et la société a un intérêt pressant à ce que ces accusations soient jugées, pour indiquer clairement que de telles agressions ne seront pas tolérées et que les jeunes femmes doivent être protégées de tels abus. En omettant de considérer ces facteurs qui militent en faveur de la continuation des poursuites, le juge du procès n'a pas exercé pleinement son pouvoir discrétionnaire et, partant, sa décision doit être infirmée.

La décision d'accorder une suspension des procédures est une décision de nature discrétionnaire qui ne peut être modifiée à la légère. Toutefois, lorsque le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits, la décision fondée sur ces faits peut être modifiée. En l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs factuelles manifestes et dominantes qui ont faussé son appréciation des faits. Il était dans l'erreur quand il a constaté que « la pratique

the trial judge implied that the loss of Crown objectivity was abusive because it meant that the accused ultimately faced more charges, but no evidence can be found to support this deduction. The trial judge also misdirected himself regarding the law for granting a stay by overlooking key elements of the analysis, thereby committing an error which was properly reversed by the Court of Appeal.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. (dissenting): The trial judge found as a fact that there was no independent and objective review by the Crown prosecutors in this case. The absence of the usual and proper checks and balances would, he thought, shock the conscience of the community. He cited a number of concerns that reflected this institutional failure, but his listing of the symptoms should not be mistaken for his important and central finding of fact that the accused had been denied his constitutional right to a fair pre-trial procedure. No reason has been shown to set aside this critical finding of fact. The conclusion that well-informed people may reasonably take from the continued prosecution of what the former Director of Public Prosecutions described as “minor” allegations 24 to 34 years after the events are said to have taken place is that the accused is being pursued not so much for what he has done as for who he is. Such a perception undermines public confidence in the impartiality and integrity of the criminal justice system.

The courts are very slow to second-guess the exercise of prosecutorial discretion and do so only in narrow circumstances, but these extensive discretionary powers must be exercised with objectivity and dispassion. Here, the failure of the proper and usual institutional checks and balances prevented the objective review of charges laid by the police that, because of their staleness, relatively minor nature (compared with those that did go to trial) and the potentially light sentences even if convicted, would likely have been stopped if an objective review had taken place.

The preferral of a direct indictment by the Attorney General did not “cleanse” the prior errors of judgment of the Crown attorneys. It was motivated by an understandable desire to bring to an end a preliminary inquiry that had lasted almost a year, and cannot be taken as having belatedly supplied the objective and dispassionate review

des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays [. . .] est inexistante ou rare ». De même, le juge du procès a laissé entendre que la perte d’objectivité du ministère public était abusive parce qu’elle faisait en sorte que l’appelant a finalement dû répondre à un plus grand nombre d’accusations, alors qu’aucun élément de preuve n’appuyait cette déduction. Le juge du procès s’est aussi fondé sur des considérations erronées en droit pour suspendre les procédures en omettant de tenir compte d’éléments clés de l’analyse, commettant ainsi une erreur que la Cour d’appel a corrigée à bon droit.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour (dissidents) : Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les procureurs de la Couronne n’ont procédé à aucun examen indépendant et objectif en l’espèce. L’absence des freins et contrepoids adéquats habituels risquait, selon lui, de choquer la conscience de la collectivité. Il a cité un certain nombre de sujets de préoccupation reflétant ce manquement institutionnel, mais il faut éviter de confondre cette énumération des symptômes avec la conclusion de fait importante et centrale qu’il a tirée, à savoir que l’accusé a été privé de son droit constitutionnel à une procédure préliminaire équitable. Rien ne permet d’infirmar cette conclusion de fait cruciale. Des personnes bien informées pourraient raisonnablement conclure, du maintien de la poursuite à l’égard de ce que l’ancien directeur des poursuites criminelles a décrit comme des allégations « mineures » formulées de 24 à 34 ans après le moment où les événements se seraient produits, que l’accusé est poursuivi non pas tant pour ce qu’il a fait que pour ce qu’il est. Une telle perception mine la confiance du public dans l’impartialité et l’intégrité du système de justice pénale.

Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, et ne le font que dans des circonstances très limitées, mais ces vastes pouvoirs discrétionnaires doivent être exercés avec objectivité et impartialité. En l’espèce, l’absence des freins et contrepoids institutionnels habituels a empêché l’examen objectif des accusations portées par la police qui, en raison de leur caducité, de leur nature relativement mineure (en comparaison de celles qui ont fait l’objet d’un procès) et des peines potentiellement légères qu’elles étaient susceptibles d’entraîner en cas de déclaration de culpabilité, auraient probablement été retirées si elles avaient été soumises à un examen objectif.

La mise en accusation directe par le procureur général n’a pas corrigé les erreurs de jugement antérieures des procureurs de la Couronne. Cette procédure était motivée par le désir compréhensible de mettre fin à une enquête préliminaire qui avait duré presque un an, et on ne saurait considérer qu’elle a suppléé tardivement à l’examen

of the original charging decision that, in the trial judge's view, had never taken place. A stay of proceedings was appropriate in this case. The absence of the proper checks and balances between police and prosecutor led to an increase in the number of charges laid against the accused. The trial judge concluded that the Crown's loss of objectivity and improper motive will be "manifested, perpetuated or aggravated" through the continued prosecution of the charges to which these abuses of process gave rise. If the trial itself would not have occurred but for the abusive conduct, then the trial itself necessarily perpetuates the abuse. The only way to halt this continued prejudice to the accused is a stay of proceedings.

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, [2000] 2 S.C.R. 443, 2000 SCC 46; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Curragh Inc., [1997] 1 S.C.R. 537; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224; *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Canada (Minister of Citizenship and*

objectif et impartial de la décision initiale de porter des accusations qui, de l'avis du juge du procès, n'a jamais eu lieu. Une suspension des procédures était appropriée en l'espèce. L'absence de freins et contrepoids adéquats entre la police et le ministère public a entraîné une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'accusé. Le juge du procès a conclu que la perte d'objectivité et le motif illégitime du ministère public seraient « révélés, perpétués ou aggravés » par la continuation de la poursuite relativement aux accusations auxquelles ces abus de procédure ont donné lieu. Le procès qui n'aurait pas été engagé sans la conduite abusive perpétuée nécessairement lui-même l'abus. La seule façon d'arrêter le préjudice persistant causé à l'accusé est d'ordonner la suspension des procédures.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Citée par le juge Binnie (dissenting)

R. c. Curragh Inc., [1997] 1 R.C.S. 537; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224; *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Canada (Ministre de la Citoyenneté*

Immigration) v. *Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 577 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.)], s. 115].
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 138(2).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*. Ottawa: The Commission, 1990.

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.

Nova Scotia. Department of the Attorney General. *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation*. By Joseph A. Ghiz and Bruce P. Archibald. Halifax: The Department, 1994.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report*, vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.

Québec. Ministère de la Justice. *Crimes à caractère sexuel: Guide du poursuivant*. Québec: Direction générale des poursuites publiques, 2000.

Québec. Ministère de la Justice. *Manuel de directives aux substituts du procureur général*. Québec: Direction générale des affaires criminelles et pénales, 1988 (rév. 21 janvier 1997).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1999), 179 N.S.R. (2d) 45, 137 C.C.C. (3d) 449, 28 C.R. (5th) 1, [1999] N.S.J. No. 293 (QL), allowing the Crown's appeal from a decision of the Nova Scotia Supreme Court (1998), 21 C.R. (5th) 366, 58 C.R.R. (2d) 283, [1998] N.S.J.

et de l'Immigration) c. *Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 577 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 115; mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18, ann. I, n^o 15].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 138(2).

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 1988.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. *Poursuites pénales: les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne*. Ottawa: La Commission, 1990.

Nova Scotia. Department of the Attorney General. *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation*. By Joseph A. Ghiz and Bruce P. Archibald. Halifax: The Department, 1994.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin: Rapport*, t. 2. Toronto: Ministère du Procureur général, 1998.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.

Paciocco, David M. « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept » (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.

Québec. Ministère de la Justice. *Crimes à caractère sexuel: Guide du poursuivant*. Québec: Direction générale des poursuites publiques, 2000.

Québec. Ministère de la Justice. *Manuel de directives aux substituts du procureur général*. Québec: Direction générale des affaires criminelles et pénales, 1988 (rév. 21 janvier 1997).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1999), 179 N.S.R. (2d) 45, 137 C.C.C. (3d) 449, 28 C.R. (5th) 1, [1999] N.S.J. No. 293 (QL) accueillant l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1998), 21 C.R. (5th) 366,

No. 128 (QL). Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting.

Edward L. Greenspan, Q.C., and Marie Henein, for the appellant.

Robert Morrison, Q.C., and Heather Leonoff, Q.C., for the respondent.

Robert J. Frater and Silvie Kovacevich, for the intervener the Attorney General of Canada.

Mario Tremblay, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. Walsh, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This case brought before the Court allegations of prosecutorial misdeeds, allegations of sexual interference and the harsh light of publicity surrounding the man at the centre, Nova Scotia's former Premier, Gerald Regan. The appellant Regan was ultimately charged with 18 counts of rape, attempted rape, indecent assault and unlawful confinement involving 13 women. He has already faced trial on eight of these counts, involving three women, for which he was acquitted. At the time of this hearing, one charge involving a fourth woman was still awaiting trial. The remaining charges were stayed by the trial judge because of Regan's claim that the Crown prosecutor was out to get him. The Court of Appeal overturned the stay. The Crown, itself, has since stayed two of the charges, and seven counts of sexual assault against Regan are currently pending.

58 C.R.R. (2d) 283, [1998] N.S.J. No. 128 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents.

Edward L. Greenspan, c.r., et Marie Henein, pour l'appelant.

Robert Morrison, c.r., et Heather Leonoff, c.r., pour l'intimée.

Robert J. Frater et Silvie Kovacevich, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Mario Tremblay, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. Walsh, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le présent pourvoi a porté devant notre Cour des allégations de conduite répréhensible de la poursuite, des accusations de contacts sexuels et l'éclairage intense de la publicité entourant l'homme qui est au centre de l'affaire, l'ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, Gerald Regan. L'appelant Regan a finalement été inculpé de 18 chefs de viol, tentative de viol, attentat à la pudeur et séquestration illégale concernant 13 femmes. Il a déjà subi son procès et il a été acquitté relativement à huit de ces chefs d'accusation, concernant trois femmes. Au moment de l'audience tenue par notre Cour, il attendait la tenue de son procès relativement à un chef d'accusation concernant une quatrième plaignante. Le juge du procès a ordonné la suspension de la poursuite relativement aux autres accusations. Il retenait ainsi la prétention de M. Regan qui soutenait que le procureur de la Couronne cherchait à le faire condamner à tout prix. La Cour d'appel a infirmé la suspension des procédures. Le ministère public a lui-même retiré depuis deux accusations et sept chefs d'agression sexuelle pèsent encore contre M. Regan.

2

The issue before this Court is whether the Crown and the police did indeed overstep their authority in the proceedings of this case, and if so, whether that abuse of the criminal justice process was so egregious as to warrant a stay of the proceedings. The ultimate question, as far as the appellant Regan is concerned, is whether or not he must return to trial to face the remaining charges of sex-related offences. Thus, the decision to uphold a stay of proceedings is a very serious one, which prevents, forever, the possibility of bringing charges of criminal behaviour before a judge and jury. In this case, the evidence does not disclose any serious abuse of process, or taint of the justice system, that would warrant such a drastic measure. I would dismiss Regan's appeal.

II. Facts

A. *Overview*

3

On March 15, 1995, Gerald Regan, by that time a former Premier of Nova Scotia, was charged with a long list of sexual offences, against a variety of women who had worked for or with him, dating back to the 1950s. The stories of alleged abuse had taken a long and winding path before finally surfacing. First, a CBC journalist spoke to a number of women who told of abusive acts they had allegedly suffered at the hands of the appellant. But that journalist did not broadcast the story. Several years later, while doing some research of his own, an avowed political foe of the appellant uncovered the information from the aborted news report. This informant took the stories to the police in July of 1993, and in September, an RCMP task force launched an investigation. During the investigation, a police officer responded to a reporter's request to confirm or deny that the appellant was under investigation. The police confirmed — a public admission which was in violation of police policy to remain silent about individual suspects until charges are laid. More than 300 interviews later, and 18 months after the story first

La question portée devant nous consiste à déterminer si le ministère public et la police ont effectivement outrepassé leurs pouvoirs dans la présente instance et si, le cas échéant, la gravité de cet abus du processus de justice pénale justifiait la suspension des procédures. En définitive, en ce qui concerne l'appellant Regan, il faut décider s'il lui faudra subir encore un procès au sujet des accusations à caractère sexuel qui restent en suspens. La décision de confirmer une suspension des procédures s'avère donc lourde de conséquences, puisqu'elle écarte à jamais la possibilité de porter des accusations de conduite criminelle devant un juge et un jury. En l'espèce, la preuve ne révèle aucun abus de procédure grave ni aucun vice du système de justice qui justifierait une mesure aussi radicale. Je suis ainsi d'avis de rejeter le pourvoi de M. Regan.

II. Les faits

A. *Survol*

Le 15 mars 1995, Gerald Regan, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, a été inculpé d'une longue liste d'infractions sexuelles qui auraient été perpétrées contre plusieurs femmes ayant travaillé pour lui ou avec lui et qui remonteraient aux années cinquante. Ces allégations d'agression avaient suivi un long et sinueux parcours, avant de faire finalement surface. D'abord, un journaliste de la CBC avait interviewé plusieurs femmes qui lui auraient affirmé avoir été victimes d'agressions de la part de l'appellant. Le journaliste n'avait toutefois pas diffusé cette nouvelle. Quelques années plus tard, à l'occasion de recherches personnelles, un adversaire politique déclaré de l'appellant découvrit l'information recueillie dans le cadre du reportage non diffusé. Ce dénonciateur fit part de ces informations à la police en juillet 1993 et, en septembre, un groupe d'agents de la GRC entama une enquête. Au cours de cette enquête, un agent de police répondit à la question d'un journaliste qui lui demandait de confirmer ou de nier l'existence d'une enquête sur l'appellant. L'agent de police confirma la tenue d'une telle enquête — cette confirmation publique contrevenait à la politique de la police qui

broke about the Regan investigation, charges were laid.

B. *The Charges*

The decision to lay charges also has a convoluted history. At the conclusion of the police investigation, a report dated March 30, 1994 was submitted to the province's then Director of Public Prosecutions ("DPP"), John Pearson, with a request for his opinion about the laying of charges. The report identified 22 women complainants. Among them were six women who had been Regan's babysitters, one who had been his housekeeper, a political intern, a legislative page, a secretary, and a political reporter. The women were all young at the time of the alleged assaults, ranging in age from 14 to 24 years. One woman alleged she was raped when she was 14, two others alleged attempted rape. The other incidents involved sexual touching, exposure and kissing. The police report categorized the charges this way:

- three complainants who "may have been victims of sexual impropriety", but in the opinion of the police were not victims of criminal acts (although the acts showed a "*modus operandi*");
- six complainants who the police believed were victims of criminal offences, but who were "not willing to testify in a court of law";
- four complainants who were considered victims of criminal offences, but who did not want to testify as complainants, and were only willing to "co-operate by providing similar fact evidence at trial";
- and nine complainants of criminal acts who were willing to testify as complainants. Of these nine,

interdisait la divulgation de tout renseignement au sujet d'un suspect tant que des accusations n'ont pas été portées. Après plus de 300 entrevues et un délai de 18 mois depuis la divulgation publique de la tenue d'une enquête sur M. Regan, des accusations furent portées.

B. *Les chefs d'accusation*

La série d'événements qui mena à la décision de porter des accusations est elle aussi complexe. À la fin de l'enquête policière, la police remit à John Pearson, le directeur des poursuites criminelles (« DPC ») de la province alors en poste, un rapport daté du 30 mars 1994 et lui demanda son avis sur les accusations à porter. Le rapport identifiait 22 plaignantes, dont six anciennes gardiennes d'enfants et une ancienne ménagère de M. Regan, une stagiaire politique, une page à l'assemblée législative, une secrétaire et une journaliste politique. Toutes ces femmes étaient jeunes au moment des agressions reprochées, leur âge variant de 14 à 24 ans. Une plaignante prétendait avoir été violée à l'âge de 14 ans et deux autres affirmaient avoir été victimes de tentatives de viol. Les autres incidents portaient sur des contacts sexuels, des actes d'exhibitionnisme et des baisers. Le rapport de police classifiait ainsi les accusations :

- trois plaignantes [TRADUCTION] « pouvant avoir été victimes d'inconvenance sexuelle » mais qui, selon la police, n'ont pas été victimes d'actes criminels (même si ces actes révélaient un *modus operandi*);
- six plaignantes que la police considérait comme des victimes d'actes criminels, mais qui n'étaient [TRADUCTION] « pas disposées à témoigner devant une cour de justice »;
- quatre plaignantes qui étaient considérées comme des victimes d'actes criminels, mais qui ne voulaient pas témoigner à titre de plaignantes et qui n'étaient disposées qu'à [TRADUCTION] « coopérer en fournissant une preuve de faits similaires au procès »;
- neuf victimes d'actes criminels qui étaient disposées à témoigner à titre de plaignantes. L'une

one of them alleged the attack had occurred in Calgary, Alberta.

d'elles prétendait avoir été agressée à Calgary (Alberta).

5 DPP Pearson responded to police by letter dated June 28, 1994, that he and two other prosecutors had reviewed the file. One of those was Susan Potts, then Senior Crown Attorney in charge of sexual assault prosecutions. Pearson recommended that charges should be laid involving four of the eight Nova Scotia-based complainants who were willing to testify. He chose the incidents which involved the most serious physical violations, including rape, attempted rape, and the one case where it was alleged the appellant had exposed his penis.

Dans une lettre datée du 28 juin 1994, le DPC Pearson répondit à la police qu'il avait examiné le dossier avec deux autres procureurs, dont Susan Potts, alors procureure principale de la Couronne et responsable des poursuites pour agression sexuelle. M^e Pearson recommanda que des accusations soient portées à l'égard des infractions perpétrées contre quatre des huit plaignantes de Nouvelle-Écosse qui étaient disposées à témoigner. Il choisit les incidents comportant les atteintes les plus graves à l'intégrité physique, notamment les cas de viol et de tentative de viol, ainsi qu'un incident où l'appellant aurait exhibé son pénis.

6 In the other four local cases of willing complainants, DPP Pearson recommended that the police not proceed with charges. These cases involved many similar accounts of the appellant trying to grope and "French kiss" the victim. DPP Pearson explained that although these acts would have been against the law at the time, "the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time", and the "staleness" of the offences outweighed their "gravity". He thought that the minor charges could be sanctioned by proceeding against the more major ones, and he feared that otherwise the prosecution might appear to be a "persecution".

Quant aux quatre autres incidents locaux, où les plaignantes étaient disposées à coopérer, le DPC Pearson recommanda à la police de ne pas porter d'accusations. Ces affaires comportaient beaucoup de récits semblables selon lesquels l'appelant aurait tenté de caresser et d'embrasser lascivement la victime. Selon l'explication du DPC Pearson, bien que ces agissements aient contrevenu à la loi de l'époque, [TRADUCTION] « il s'agit d'allégations mineures, tout spécialement lorsqu'on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l'époque », et la « caducité » des infractions surpassait leur « gravité ». Selon lui, les accusations moins graves pouvaient être sanctionnées par la poursuite des accusations les plus graves; il craignait qu'en agissant autrement, la poursuite de ces chefs n'apparaisse comme de la « persécution ».

7 In addition, DPP Pearson advised that "the case against Regan would be significantly enhanced if some of the more recent incidents were proceeded with". He recommended that the police re-contact the six women who had been victims of apparent criminal conduct, but were unwilling to testify. He made no recommendation about the complainants who had apparently been victims of criminal behaviour, but were only willing to give similar fact evidence. Finally, DPP Pearson recommended that the police contact Alberta authorities with regard to the Calgary-based incident. He advised the police that "you are not obliged to accept our opinion and

Le DPC Pearson faisait aussi valoir que [TRADUCTION] « la poursuite contre M. Regan serait beaucoup renforcée si des procédures étaient engagées relativement à certains incidents plus récents ». Il recommandait à la police de communiquer à nouveau avec les six femmes qui avaient été apparemment victimes d'une conduite criminelle, mais qui n'étaient pas disposées à témoigner. Il ne fit aucune recommandation au sujet des plaignantes apparemment victimes d'un comportement criminel, mais qui n'étaient disposées qu'à fournir une preuve de faits similaires. Le DPC Pearson suggérait enfin à la police

that the final charging decision rests with you. We are also cognizant of the duties and responsibilities of Crown Counsel to consider whether or not it is appropriate to proceed with charges once they have been laid.” He suggested that police investigators “meet with [Crown counsel] Susan Potts to finalize the wording of any charge [the police] decide to proceed with”.

The police did not agree with DPP Pearson’s charging recommendation. They were of the view that a more complete picture of the allegations against the appellant should be put before the court. Chief Superintendent Falkingham testified:

. . . over the several years I saw a pattern and an MO that Mr. Regan sexually assaulted, in my view, a number of young teenagers. . . . The MO was with babysitters, the MO was with — when he had an opportunity to be alone with a young girl, and I felt that that was all building into a large picture which indicated to me that there was a continuing criminal offence in my mind, together — as a global investigation.

My view is the matter of charges had to involve the large number of complainants and as a result of them — the continued offences over the years. . . .

After the Crown joined police in re-interviewing most of the original complainants, 16 counts for sex-related offences, involving 11 women, were laid against the appellant on March 15, 1995. On May 30, 1995, a revised information was sworn, which added two new complainants and three new counts, for a total of 19 counts related to 13 women.

d’entrer en communication avec les autorités albertaines au sujet de l’incident qui se serait produit à Calgary. Il fit la remarque suivante à l’intention de la police : [TRADUCTION] « vous n’êtes pas tenus d’accepter notre avis et la décision finale quant aux accusations à porter vous appartient. Nous sommes aussi conscients des fonctions et responsabilités qui incombent au procureur de la Couronne de déterminer s’il y a lieu d’engager des poursuites relativement aux accusations une fois qu’elles ont été déposées. » Il conseillait aux enquêteurs de la police de [TRADUCTION] « rencontrer [la procureure de la Couronne] Susan Potts afin d’arrêter le libellé de toute accusation que [la police] déciderait de porter ».

La police n’était pas d’accord avec la recommandation du DPC Pearson au sujet des accusations à porter. Les autorités policières estimaient qu’il fallait présenter au tribunal un tableau plus complet des allégations formulées contre l’appelant. Le surintendant principal Falkingham a témoigné en ce sens :

[TRADUCTION] . . . sur une période de plusieurs années, j’ai décelé une tendance et un *modus operandi*, en ce sens que M. Regan a agressé sexuellement, à mon avis, plusieurs jeunes adolescentes [. . .] Le *modus operandi* était avec les gardiennes, le *modus operandi* était avec — lorsqu’il se trouvait seul avec une jeune fille, et j’avais l’impression que ces éléments composaient un grand tableau qui me faisait croire à l’existence d’une infraction continue, avec — comme une enquête globale

À mon avis, l’objet des accusations devait englober le grand nombre de plaignantes et, partant — les infractions qui se sont poursuivies au cours des ans . . .

Après les nouvelles entrevues menées conjointement par la police et par le ministère public avec la plupart des plaignantes originales, 16 chefs d’accusation pour des infractions d’ordre sexuel à l’endroit de 11 femmes furent portés contre l’appelant le 15 mars 1995. Le 30 mai 1995, une dénonciation révisée fut déposée pour ajouter deux nouvelles plaignantes et trois nouveaux chefs d’accusation, pour un total de 19 chefs d’accusation relatifs à 13 femmes.

8

9

10 The matter proceeded to a preliminary hearing in April 1996. One year later, the Crown decided to prefer a direct indictment. In that final charging decision, one complainant was dropped, a new one was added (count 16), and the charges concerning a third were amended to drop one count, bringing the final tally to 18 counts of sex-related offences, involving 13 women, laid against the appellant.

C. Crown Conduct

11 After DPP Pearson's written recommendations, Crown Potts met with police on July 15, 1994. At that recorded meeting, Crown Potts suggested that it would not be "advisable" that charges be brought before a particular judge, because she thought he would have political ties to the appellant. Instead, she said she would "keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest" — an exercise commonly known as "judge shopping".

12 At the same meeting, Potts requested to read all the investigation reports, because "this would give her a clear picture of what was actually going on". Notes of a meeting on January 17, 1995, attended by the RCMP Chief Superintendent on the case, confirmed that Potts had by then re-read "the evidence and the victims' statements". Police and Crown then agreed that six complainants reluctant to testify "have to be re-interviewed". In the end, police and Crown counsel together re-interviewed many of the original 22 complainants, as well as five new women who came forward after the Pearson letter.

13 The purpose of the re-interviews was "[f]irstly and primarily, to provide information about the Court process to potential complainants so that they could make an informed decision as to their involvement in these proceedings; and secondly,

L'enquête préliminaire commença en avril 1996. Un an plus tard, le ministère public décidait de procéder par voie de mise en accusation directe. À l'occasion de la décision finale concernant l'inculpation, une plaignante fut abandonnée, une autre fut ajoutée (le 16^e chef) et les accusations concernant une troisième furent modifiées pour en retirer un chef, pour un total final de 18 chefs d'accusation pour des infractions d'ordre sexuel que l'appellant aurait commises à l'endroit de 13 femmes.

C. La conduite du ministère public

À la suite des recommandations écrites du DPC Pearson, la procureure Potts a rencontré la police le 15 juillet 1994. Lors de cette réunion qui a été enregistrée, la procureure Potts a laissé entendre qu'il ne serait pas [TRADUCTION] « souhaitable » que les accusations soient portées devant un juge en particulier, puisqu'elle croyait que celui-ci avait des liens politiques avec l'appellant. Elle a dit avoir plutôt l'intention de [TRADUCTION] « surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt » — exercice couramment appelé « recherche d'un juge accommodant ».

À la même réunion, M^e Potts a demandé à lire tous les rapports d'enquête, parce que [TRADUCTION] « cela devrait lui brosser un tableau précis de ce qui se passait réellement ». Les notes d'une réunion tenue le 17 janvier 1995, à laquelle assistait le surintendant principal de la GRC affecté au dossier, confirment que M^e Potts avait alors relu [TRADUCTION] « la preuve et les déclarations des victimes ». La police et la procureure de la Couronne s'entendaient alors sur la nécessité [TRADUCTION] « de réinterroger » les six plaignantes qui étaient réticentes à témoigner. Finalement, la police et la procureure de la Couronne réinterrogèrent ensemble un grand nombre des 22 plaignantes originales ainsi que cinq autres femmes qui s'étaient présentées après la lettre de M^e Pearson.

L'objet des nouvelles entrevues était [TRADUCTION] « [d']abord et avant tout de renseigner les plaignantes potentielles sur le processus judiciaire pour leur permettre de prendre une décision éclairée quant à leur participation à ces

to make assessments of credibility about these witnesses, including their capacity for recall and general demeanor issues, and to prepare for a preliminary inquiry". (Trial submissions of the Crown, Appellant's Record, p. 1089)

The re-interviews included 16 of the original 22 complainants: four of the six reluctant witnesses whom DPP Pearson had recommended should be re-approached; three of the four women only willing, at first, to give similar fact evidence; three of the four complainants for whom Pearson had recommended laying charges (the fourth refused to proceed further); all four willing complainants whom the police wanted to charge but for whom DPP Pearson had recommended that no charge be laid; the complainant in the Alberta-based incident; and one of the three complainants for whom, at first, it was thought there was no criminal offence.

Crown Potts was removed from the prosecution of this case by the time the preliminary inquiry began in April 1996. Crown Adrian Reid stepped in as lead counsel at the preliminary inquiry and trial. Crown Reid became involved with the case in December 1995 after charges were laid.

Citing the cumulative effect of this Crown behaviour combined with the police premature identification of him as a suspect, the appellant sought a global stay of all of the charges. At trial, a partial stay — 9 of the 18 counts — was granted.

III. Judicial History

A. *Nova Scotia Supreme Court* (1998), 21 C.R. (5th) 366

Michael MacDonald A.C.J. identified that the appellant was not claiming an abuse of process which had tainted the fairness of the trial, and was

poursuites; puis de procéder à une appréciation de la crédibilité de ces témoins, notamment de leur capacité à se rappeler les événements et de leur comportement général, et de préparer une enquête préliminaire ». (Déclarations du ministère public au procès, dossier de l'appelant, p. 1089)

Seize des 22 plaignantes originales furent réinterrogées : quatre des six plaignantes réticentes à témoigner à l'égard desquelles le DPC Pearson avait recommandé de nouvelles entrevues; trois des quatre femmes qui n'étaient disposées au départ qu'à fournir une preuve de faits similaires; trois des quatre plaignantes à l'égard desquelles M^e Pearson avait recommandé le dépôt d'accusations (la quatrième ayant refusé d'aller plus loin); les quatre plaignantes disposées à témoigner à l'égard desquelles la police voulait déposer des accusations, malgré la recommandation contraire du DPC Pearson; la plaignante dans l'incident survenu en Alberta; et l'une des trois plaignantes à l'égard desquelles l'on avait d'abord estimé qu'aucune infraction criminelle n'avait été commise.

Au moment de l'ouverture de l'enquête préliminaire en avril 1996, la procureure Potts avait été retranchée de l'équipe de la poursuite dans cette affaire. Le procureur Adrian Reid prit la relève à titre d'avocat principal à l'enquête préliminaire et au procès. Le procureur Reid avait commencé à travailler au dossier en décembre 1995, après le dépôt des accusations.

L'appelant a demandé la suspension globale de tous les chefs d'accusation en invoquant l'effet cumulatif de ce comportement du ministère public, combiné à la révélation prématurée par la police des soupçons pesant contre lui. Au procès, une suspension partielle — touchant 9 des 18 chefs d'accusation — lui a été accordée.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse* (1998), 21 C.R. (5th) 366

Le juge en chef adjoint Michael MacDonald a constaté que l'appelant n'alléguait pas un abus de procédure qui aurait touché l'équité du procès, mais

14

15

16

17

therefore seeking relief under the so-called residual category of procedural abuse, which will warrant a stay of proceedings. MacDonald A.C.J. noted, however, that the remedy of a stay remains reserved for only the clearest of cases, where it is the only remedy available to counter the effects of the abuse (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391).

demandait réparation en invoquant la catégorie dite résiduelle d'abus de procédure qui justifierait une suspension des procédures. Le juge en chef adjoint MacDonald a toutefois noté que le remède de la suspension des procédures est réservé aux cas les plus manifestes, lorsqu'il constitue la seule réparation possible pour corriger les effets de l'abus (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391).

18 MacDonald A.C.J. adopted the test for a stay articulated in *Tobiass*, at para. 90, where the Court held that in order to grant a stay, two criteria must be satisfied: (1) that the prejudice will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial or by its outcome, and (2) that no other remedy is reasonably capable of removing the prejudice flowing from the abuse. The Court added a third factor which should be considered in cases where it remains unclear whether the abuse is sufficient to warrant the stay. It requires courts to engage in a weighing of the societal interests involved. Courts must then "balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits. This is not to say, of course, that something akin to an egregious act of misconduct could ever be overtaken by some passing public concern" (*Tobiass*, at para. 92). MacDonald A.C.J. acknowledged that this third criterion would play a significant part in his analysis. In approaching the issue, MacDonald A.C.J. noted that he had to weigh the cumulative effect of any alleged wrongdoing. He was also mindful that abuse of process need not be driven by evidence of *mala fides* to warrant a stay, although such evidence was certainly relevant.

Le juge en chef adjoint MacDonald a retenu le test énoncé dans *Tobiass* (au par. 90) selon lequel, pour obtenir une suspension, il faut satisfaire à deux critères en établissant : (1) que le préjudice sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue, et (2) qu'aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître le préjudice causé par l'abus. La Cour a ajouté un troisième facteur qu'il faut prendre en compte dans les cas où il n'apparaît pas clair que l'abus est assez important pour justifier une suspension. En pareil cas, les tribunaux soupèseront les intérêts sociaux en jeu. Ils doivent alors « mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Naturellement, cela ne signifie pas qu'une préoccupation publique passagère puisse jamais l'emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave » (*Tobiass*, par. 92). Le juge en chef adjoint MacDonald a reconnu que ce troisième facteur jouerait un rôle appréciable dans son analyse. Dans son étude de cette question, le juge en chef adjoint MacDonald a noté qu'il lui fallait apprécier l'effet cumulatif de toute conduite répréhensible alléguée. Il a aussi reconnu que, malgré sa pertinence certaine, la preuve que l'abus de procédure avait été inspiré par la mauvaise foi n'était pas requise pour qu'une suspension se justifie.

19 MacDonald A.C.J. reviewed the respective roles of the police and of the Crown and noted that while performing independent tasks, they must work well together. A strict separation of their functions, however, creates a safeguard against misconduct by either one. This system of checks and balances is achieved by drawing a clear line between the investigation of charges, and their prosecution. He

Le juge en chef adjoint MacDonald a examiné les rôles dévolus respectivement à la police et au ministère public et constaté que, même s'ils s'acquittent de tâches indépendantes, une collaboration harmonieuse s'impose dans leur travail. Une séparation stricte de leurs fonctions constitue toutefois une garantie contre les écarts de part et d'autre. Le succès de ce système de freins et

held that police in Nova Scotia are “exclusively responsible for the investigation of crime and deciding what if any charges are to be laid. . . . Here, the Crown’s role is limited to simply providing legal advice; advice which is not binding on the police” (paras. 63 and 65). In contrast, the Crown must function as “a quasi judicial minister of justice who must also serve as advocate” (para. 67).

The appellant submitted a list of allegations of police and Crown misconduct, including the premature formation of a police task force to investigate allegations against Regan, and questionable investigative techniques and arrest procedures. MacDonald A.C.J. concluded that these actions had little impact on the appellant. He did consider that the premature confirmation of Regan as a suspect in the police investigation was clearly wrong, as it contravened express police policy. He was troubled by this serious error in judgment.

MacDonald A.C.J. then reviewed the allegations of Crown misconduct. He found clear evidence of Crown Potts’ blatant attempt at judge shopping, and found this offensive and most troubling. For MacDonald A.C.J., this gave the appearance of a Crown Attorney who was attempting to secure a conviction at all costs. He concluded that Potts’ behaviour had the effect of tainting her entire involvement in the process.

The pre-charge Crown interviews of complainants were, however, the most contentious issue before MacDonald A.C.J. Crown counsel, particularly Ms. Potts, became heavily involved with pre-charge interviewing. He found that the practice of

de contrepois dépend du maintien d’une ligne de démarcation nette entre, d’une part, l’enquête sur les accusations et, d’autre part, l’engagement d’une procédure à leur égard. Il a ainsi conclu que la police, en Nouvelle-Écosse, a [TRADUCTION] « la responsabilité exclusive de l’enquête sur les crimes et de la décision concernant les chefs d’accusation à déposer, le cas échéant [. . .] Ici, le rôle du ministère public se limite simplement à donner un avis juridique, avis qui ne lie pas la police » (par. 63 et 65). Par contraste, le ministère public doit se conduire comme un [TRADUCTION] « représentant quasi judiciaire de la justice, également appelé à agir en qualité de procureur » (par. 67).

L’appelant a soumis une liste d’allégations de conduite répréhensible par la police et le ministère public. Elle inclut la formation prématurée d’un groupe de travail de la police chargé d’enquêter sur les allégations visant M. Regan, ainsi que l’emploi de techniques d’enquête et de procédures d’arrestation douteuses. De l’avis du juge en chef adjoint MacDonald, ces actes n’ont pas eu une grande incidence sur l’appelant. Il a estimé que la confirmation prématurée du fait que M. Regan était devenu un suspect dans une enquête policière était clairement blâmable, puisqu’elle contrevenait à la politique expresse de la police. Il restait préoccupé par cette grave erreur de jugement.

Le juge en chef adjoint MacDonald s’est ensuite penché sur les allégations de conduite répréhensible du ministère public. Il a estimé concluante la preuve de la tentative flagrante de recherche d’un juge plus accommodant par la procureure Potts, et jugé cette tentative choquante et très préoccupante. De l’avis du juge en chef adjoint MacDonald, elle projetait l’image d’un procureur de la Couronne préoccupé d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. Il a conclu que le comportement de la procureure Potts avait vicié toute sa participation au processus.

Les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public auprès des plaignantes constituaient toutefois le point le plus litigieux dont était saisi le juge en chef adjoint MacDonald. Les procureurs de la Couronne, tout particulièrement

20

21

22

pre-charge Crown interviewing in this country is not entirely rejected, but where used, its scope is narrow. MacDonald A.C.J. observed that in the provinces like New Brunswick, where pre-charge Crown interviews are done, they serve only as a screen to protect a suspect from the humiliation of being charged, if charges are later dropped or stayed. In this case, he found that the purpose for at least some of the pre-charge Crown interviews was to have reluctant complainants change their minds and come forward to lay charges. MacDonald A.C.J. held that protection of the appellant was never a factor motivating the Crown's pre-charge interviews.

M^e Potts, avaient participé activement aux entrevues pré-*in*culpation. Selon le premier juge, la pratique des entrevues pré-*in*culpation n'est pas entièrement rejetée dans notre pays, mais lorsqu'elle est utilisée, elle conserve une portée étroite. D'après le juge en chef adjoint MacDonald, dans des provinces comme le Nouveau-Brunswick, où l'on procède à des entrevues pré-*in*culpation, celles-ci servent uniquement de filtre pour protéger le suspect de l'humiliation d'être accusé, dans l'hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard. En l'espèce, il a conclu que les entrevues pré-*in*culpation menées par le ministère public visaient à encourager certaines plaignantes réticentes à changer d'idée et à accepter de porter plainte. Selon le juge en chef adjoint MacDonald, jamais en l'espèce les entrevues pré-*in*culpation n'avaient été motivées par le désir de protéger l'appellant.

23

As a result, MacDonald A.C.J. found that this process had an impact on the number of charges that were ultimately laid. He held that the Crown was integrally immersed in the decision-making about charges. Cooperation led to consensus and this collaboration homogenized the process which then became a joint charging decision. The Crown had lost its objectivity: the effect was to deny the appellant a hard, objective second look at the charging decision, which is fundamental to the role of the Crown. In MacDonald A.C.J.'s view (at para. 124),

[i]t is impossible to retain the requisite level of objectivity by conducting lengthy (and no doubt emotional) pre-charge interviews with the complainants. Human nature just will not allow it. By doing so you hear first hand only one side of the story. How can you then objectively review the process which includes a consideration of the rights of the applicant?

Nevertheless, MacDonald A.C.J. found that the Crown did not get involved in the investigation, and apart from Crown Potts' inexcusable comment about judge shopping, all other Crown counsel involved in the case were well-intentioned throughout the

Le juge en chef adjoint MacDonald a donc estimé que ce processus avait eu une incidence sur le nombre d'accusations qui ont finalement été portées. Il a conclu que le ministère public a été pleinement associé au processus décisionnel relatif au dépôt des accusations. La coopération avait mené à un consensus et cette collaboration avait entraîné l'homogénéisation du processus, de sorte que la décision sur l'*in*culpation avait été prise en commun. Le ministère public avait perdu son objectivité, ce qui avait privé l'appellant de l'examen rigoureux et objectif de la décision sur l'*in*culpation, qui constitue un élément essentiel du rôle du ministère public. De l'avis du juge en chef adjoint MacDonald (au par. 124),

[TRADUCTION] [i] est impossible de conserver le niveau d'objectivité nécessaire en procédant à de longues entrevues pré-*in*culpation (et sans aucun doute chargées d'émotivité) auprès des plaignants. La nature humaine ne le permet tout simplement pas. En procédant ainsi, vous n'entendez directement qu'une version de l'histoire. Comment pouvez-vous ensuite examiner objectivement le processus qui comporte la prise en compte des droits du requérant?

Le juge en chef adjoint MacDonald a néanmoins conclu que le ministère public n'avait pas participé à l'enquête et que, à l'exception du commentaire inexcusable de la procureure Potts au sujet de la recherche d'un juge accommodant, tous les

process, yet they simply lost perspective during the charging procedure.

MacDonald A.C.J. found that the Crown had not acted in bad faith when preferring the direct indictment. The preliminary inquiry was very lengthy. If the Crown had been ill-motivated, it could have preferred the direct indictment at the outset or at least sooner than it did.

When viewing his concerns cumulatively, about judge shopping, the Crown's pre-charge interviews and to a lesser extent, the RCMP's premature confirmation that Regan was under investigation, in total this was not one of those clearest of cases of procedural abuse that demanded a global stay of all the charges. Instead, on a case-by-case review, he decided that for the nine charges concerning the most serious allegations there was a strong societal interest in proceeding with the prosecution.

However, for the less serious charges, MacDonald A.C.J. pointed out that the Pearson Report was detailed and comprehensive and spoke volumes about what the Crown originally thought was fair to the appellant. The Crown should not be seen to significantly change its position without valid reason. He held that the Crown did change its position: the direct indictment proceeded with charges involving at least four and arguably six complainants who were initially on Mr. Pearson's recommended list to exclude. He concluded that the Pearson recommendations should be given significant deference. He followed the Pearson charging recommendation and also applied its criteria to charges which post-dated the Pearson report. In the end, MacDonald A.C.J. concluded by staying the remaining 9 of the 18 counts before him.

autres procureurs de la Couronne affectés à l'affaire avaient été de bonne foi tout au long du processus, mais avaient tout simplement manqué de recul pendant la procédure d'inculpation.

Le juge en chef adjoint MacDonald a décidé que le ministère public n'avait pas agi de mauvaise foi en choisissant de procéder par voie de mise en accusation directe. L'enquête préliminaire a été très longue. Si des motifs répréhensibles avaient animé le ministère public, il aurait procédé par voie de mise en accusation directe dès le début ou, du moins, plus tôt qu'il ne l'a fait.

Appréciées cumulativement, des facteurs tels que la recherche d'un juge plus accommodant, la tenue d'entrevues pré-inculpation par le ministère public et, à un moindre degré, la confirmation prématurée par la GRC du fait que M. Regan faisait l'objet d'une enquête ne constituaient pas, dans leur ensemble, l'un des cas les plus manifestes d'abus de procédure justifiant une suspension globale de tous les chefs d'accusation. Après avoir examiné chaque cas individuellement, le juge a plutôt statué, à l'égard des neuf accusations portant sur les allégations les plus graves, qu'un intérêt public pressant exigeait la continuation des poursuites.

Toutefois, à l'égard des accusations les moins graves, le juge en chef adjoint MacDonald a souligné que le rapport de M^e Pearson était détaillé et exhaustif et qu'il révélait la solution que le ministère public avait, à l'origine, estimée équitable pour l'appelant. Le ministère public ne devrait pas pouvoir modifier sa position de façon importante, sans raison valable. Selon lui, le ministère public avait effectivement changé sa position : la mise en accusation directe comportait des chefs d'accusation engageant au moins quatre et peut-être jusqu'à six des plaignantes dont les noms figuraient à l'origine sur la liste de celles que M^e Pearson recommandait d'exclure. À son avis, les recommandations de M^e Pearson méritaient d'être traitées avec grand respect. Il a alors suivi la conclusion de M^e Pearson concernant l'inculpation et appliqué ses critères aux accusations portées après la transmission de son rapport. En fin de compte, le juge en chef adjoint MacDonald a tranché en suspendant les 9 chefs d'accusation restants sur les 18 dont il avait été saisi.

24

25

26

27

MacDonald A.C.J. added a final comment about count 16, which was among those he stayed. He held that the Crown had been motivated by an improper purpose in proceeding with this charge, which was first laid as part of the direct indictment. Count 16 was similar in fact to the incident alleged to have occurred in Alberta. The Alberta allegation could not be pursued in Nova Scotia. MacDonald A.C.J. was suspicious that the Crown's eagerness to put the Alberta facts before a Nova Scotia court motivated the Crown to lay this new, similar, Nova Scotia-based charge. MacDonald A.C.J. considered this an improper purpose which irretrievably tainted this count.

B. Nova Scotia Court of Appeal (1999), 179 N.S.R. (2d) 45

1. Cromwell J.A. (Roscoe J.A. concurring)

28

Cromwell J.A., for a majority of the Court of Appeal, found two significant errors in the trial judge's reasoning. First, the trial judge erred in law by not asking himself whether the continuation of the prosecution of the charges would manifest, perpetuate or aggravate the prejudice caused by the Crown's failure to properly exercise its discretion at the charging stage. Second, the trial judge also erred by treating a judicial stay of proceedings as a remedy for past misconduct.

29

The narrow, residual category of abuse of process applied in this case, because the trial judge had rejected all the appellant's arguments that he could not receive a fair trial. Cromwell J.A. observed that there must be exceptional circumstances here to warrant the granting of a stay, as "[o]nly in rare and unusual circumstances could holding a fair trial, of itself, be damaging to the integrity of the judicial process" (para. 108).

Le juge en chef adjoint MacDonald a ajouté un commentaire final au sujet du 16^e chef, qui faisait partie de ceux qu'il a suspendus. Selon lui, une fin illégitime avait incité le ministère public à engager une procédure relativement à ce chef d'accusation, qui avait été déposé pour la première fois à l'occasion de la mise en accusation directe. Ce 16^e chef d'accusation portait sur des faits semblables à ceux de l'incident supposément survenu en Alberta. Il n'était pas possible d'engager une procédure en Nouvelle-Écosse pour faire suite à la dénonciation albertaine. Le juge en chef adjoint MacDonald soupçonnait que l'empressement à saisir un tribunal de la Nouvelle-Écosse de faits survenus en Alberta avait conduit le ministère public à déposer cette nouvelle accusation, similaire, fondée cette fois sur des faits survenus en Nouvelle-Écosse. Selon le juge en chef adjoint MacDonald, cette fin illégitime viciait irrémédiablement ce chef d'accusation.

B. Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1999), 179 N.S.R. (2d) 45

1. Le juge Cromwell (avec l'appui du juge Roscoe)

Le juge Cromwell, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a identifié deux erreurs importantes dans le raisonnement du juge du procès. En premier lieu, ce dernier avait commis une erreur de droit en ne se demandant pas si la poursuite du procès relatif aux accusations révélerait, perpétuerait ou aggraverait le préjudice causé par l'exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire du ministère public à l'étape de l'inculpation. En deuxième lieu, le juge du procès s'était aussi trompé en considérant la suspension judiciaire des procédures comme une réparation pour une conduite répréhensible passée.

L'étroite catégorie résiduelle d'abus de procédure s'appliquait en l'espèce parce que le juge du procès avait rejeté toutes les prétentions de l'appelant qu'il ne pourrait subir un procès équitable. Selon le juge Cromwell, il fallait prouver l'existence de circonstances exceptionnelles pour justifier une suspension, puisque [TRADUCTION] « [c]e n'est que dans des circonstances rares et inhabituelles que la tenue d'un procès équitable, en soi, pourrait porter atteinte à l'intégrité du processus judiciaire » (par. 108).

Cromwell J.A. recounted the three-step analysis for this residual category (*Tobiass, supra*). At the first step, the accused must show that there has been misconduct, or circumstances which have arisen apart from misconduct, which render the continuation of the prosecution damaging to the integrity of the judicial process. At the second step, the court must balance the integrity of the judicial process against the societal interest in the prosecution of alleged crimes. This is done by considering whether the prejudice caused by the abuse will be manifested, perpetuated or aggravated by the continuation of the prosecution. If so, then the court considers whether another remedy, short of a stay, is reasonably capable of removing the prejudice. Only if the abuse is ongoing, and no other remedy is tenable, does the balance favour a judicial stay.

Further analysing the elements of the second stage, Cromwell J.A. emphasized that the remedy of a stay is prospective rather than retroactive: “a stay of proceedings is not approached as a remedy to redress a wrong that has already been done, but rather as a remedy to prevent further damage to the integrity of the judicial process in the future caused by the continuation of the prosecution” (para. 116). The ongoing harm might be repeated in the future, or might plague the process in the sense that the misconduct is so egregious that the mere going forward with the proceedings is offensive. To these examples in the case law, Cromwell J.A. added a third possibility of ongoing prejudice. This would occur in cases where “the conduct has the effect of setting the prosecution on a fundamentally different path than it would otherwise have followed” (para. 118).

The third step in the analysis is only undertaken if, after completing the analysis at the first two stages, it is still unclear whether a stay is required. The third stage reconsiders the balance between society’s interest in proceeding, and the interests served by granting the stay. At this stage, however, the emphasis is on whether the misconduct, on its own, is so egregious that a stay is warranted. Cromwell J.A. pointed out that in theory, such cases might exist, but in practice, it is unlikely that such

Le juge Cromwell a repris l’analyse à trois volets applicable à cette catégorie (*Tobiass*, précité). À la première étape, l’accusé doit établir l’existence d’une conduite répréhensible ou d’autres circonstances indépendantes en raison desquelles la poursuite du procès porte atteinte à l’intégrité du processus judiciaire. À la deuxième étape, le tribunal met en balance l’intégrité du processus judiciaire avec l’intérêt de la société à ce que les crimes reprochés fassent l’objet de poursuites, en se demandant si le préjudice causé par l’abus sera révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite du procès. Le cas échéant, le tribunal recherche si une autre réparation, moindre qu’une suspension, peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. Ce n’est que lorsque l’abus est persistant et qu’aucune autre réparation n’est envisageable que la balance penche en faveur d’une suspension judiciaire.

Le juge Cromwell a poursuivi l’analyse des éléments du deuxième volet et souligné que la suspension est une réparation à caractère prospectif plutôt que rétroactif : [TRADUCTION] « la suspension des procédures n’est pas considérée comme une mesure visant à réparer un tort déjà causé, mais plutôt comme un moyen d’empêcher que l’intégrité du processus judiciaire soit davantage minée par la poursuite du procès » (par. 116). Le préjudice persistant pourrait se répéter à l’avenir, ou pourrait miner le processus en ce sens que la conduite répréhensible, à cause de sa gravité, rendrait choquante la poursuite du procès. À ces exemples tirés de la jurisprudence, le juge Cromwell a ajouté une troisième possibilité de préjudice persistant, lorsque [TRADUCTION] « la conduite entraîne la poursuite sur une voie fondamentalement différente de celle qu’elle aurait autrement suivie » (par. 118).

La troisième étape de l’analyse n’est engagée que si, au terme des deux premières étapes, la question de la nécessité d’une suspension n’est pas encore résolue. Le troisième volet consiste à remettre en balance l’intérêt de la société dans la poursuite et les intérêts que servirait la suspension des procédures. Toutefois, à cette étape l’analyse se concentre sur la question de savoir si la conduite répréhensible en soi a atteint une telle gravité qu’elle justifie une suspension. Selon le juge

30

31

32

egregious behaviour would not meet the criterion of ongoing harm at step two. Thus Cromwell J.A. concluded that to grant the remedy of a stay, evidence of ongoing harm from the abuse will almost always be key.

33 Cromwell J.A. noted that abuse of process cases are dependent on their facts. The trial judge made specific findings of misconduct on four matters: the premature announcement of Regan as a suspect, the judge-shopping comment, the Crown's loss of objectivity at the charging stage, and a fourth specific finding relating to count 16, the so-called similar fact count. Cromwell J.A. went on to outline what the trial judge had specifically not found, including: the Crown was not improperly involved in the investigation; the police did not act wrongly in laying the charges; the Crown had not acted with *mala fides* or with an improper purpose when preferring the direct indictment; the Crown's loss of objectivity did not extend beyond the charging stage; and the Crown did not encourage the police to lay more charges nor did the Crown disregard police freedom and independence to make a decision on charges.

34 Generally, the trial judge appeared to leave out any direct consideration of the second step in the stay inquiry. There was no finding by the trial judge of a likelihood of future or ongoing misconduct, nor did he find that the cumulative abuse was so egregious, in itself, that a stay was required. Cromwell J.A. added: "However, he appears to have thought that the loss of objectivity had ongoing impact because it may have resulted in more charges proceeding than would have been prosecuted had objectivity been retained" (para. 131). Nevertheless, the trial judge expressly stated that the abuse was not serious enough to warrant a global stay. Furthermore, the trial judge gave no explicit consideration to whether

Cromwell, même si en principe de tels cas peuvent se produire, en pratique, il reste peu probable qu'un comportement aussi grave n'ait pas déjà satisfait au critère du préjudice persistant examiné lors de la deuxième étape. Le juge Cromwell a donc conclu que, pour qu'il soit fait droit à une demande de suspension des procédures à titre de réparation, il faut presque toujours que soit établie l'existence d'un préjudice persistant.

Le juge Cromwell a fait observer que l'issue d'une instance fondée sur un abus de procédure dépend de ses faits. Le juge du procès avait constaté expressément l'existence d'une conduite répréhensible à quatre égards : l'annonce prématurée des soupçons portés sur M. Regan, le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant, la perte d'objectivité du ministère public à l'étape de l'inculpation et le dépôt du 16^e chef d'accusation, désigné comme le chef visant des faits similaires. Le juge Cromwell a ensuite passé en revue les conclusions que le juge du procès avait expressément refusé de tirer, notamment sur les points suivants : le ministère public ne s'est pas indûment immiscé dans l'enquête; la police n'a pas mal agi en portant des accusations; le ministère public n'a pas agi de mauvaise foi ou pour une fin illégitime lorsqu'il a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe; la perte d'objectivité du ministère public n'a pas dépassé l'étape de l'inculpation; le ministère public n'a pas encouragé la police à porter davantage d'accusations et ne lui a nié ni la liberté de décider de l'inculpation ni son indépendance à cet égard.

En général, le juge du procès avait semblé omettre tout examen direct de la deuxième étape de l'analyse relative à la suspension. Nulle part le juge du procès n'avait mentionné la probabilité d'une conduite répréhensible future ou persistante, ni conclu que l'abus cumulatif était si grave, en soi, qu'une suspension s'imposait. Le juge Cromwell a ajouté : [TRADUCTION] « Il semble toutefois avoir pensé que la perte d'objectivité avait un effet persistant parce qu'elle avait pu faire en sorte que le ministère public engage des poursuites fondées sur un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été retenues s'il avait conservé son objectivité » (par. 131). Le juge du procès n'en avait pas

another remedy was capable of removing the prejudice.

Cromwell J.A. proceeded to analyze each of the trial judge's findings of abuse. First was the misconduct found in the laying of count 16, the similar fact count. The trial judge concluded that count 16 was added to the direct indictment because of an improper motive. Cromwell J.A. found that this finding was contradicted by the judge's other findings that, aside from Ms. Potts, no Crown had acted improperly or with bad faith, and their perspective was lost only at the charging stage, "the time around which the first charges were laid in March of 1995" (para. 129) (not at the direct indictment, when count 16 was added). There was nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and its impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges. Cromwell J.A. concluded the evidence surrounding count 16 disclosed no abuse, and thus failed step one of the stay analysis. The trial judge had erred in ordering a stay of count 16.

Next Cromwell J.A. dealt with the finding of the loss of Crown objectivity. The trial judge had reached two independent conclusions: at the charging stage, the Crown had lost its objectivity, and at the direct indictment stage, the Crown decision was proper. Cromwell J.A. found these two holdings could not stand together. If the Crown's discretion to prefer the direct indictment was properly exercised, it must be taken to have been exercised with proper regard to the public interest. This was consistent with the trial judge's finding that the Crown's loss of objectivity was confined to the charging stage.

moins déclaré expressément que l'abus n'était pas suffisamment grave pour justifier une suspension globale. Le juge du procès ne s'était pas non plus penché expressément sur la question de l'existence d'une autre réparation susceptible de faire disparaître le préjudice.

Le juge Cromwell a ensuite analysé chacune des conclusions d'abus tirées par le juge du procès, en commençant par la conduite répréhensible qu'aurait constituée le dépôt du 16^e chef d'accusation visant des faits similaires. Le juge du procès avait conclu que l'ajout du 16^e chef d'accusation à l'occasion de la mise en accusation directe se fondait sur un motif illégitime. Selon le juge Cromwell, cette conclusion était contredite par d'autres conclusions du juge du procès portant que, à l'exception de la procureure Potts, aucun procureur de la Couronne n'avait agi de façon irrégulière ou de mauvaise foi, et que ceux-ci n'avaient manqué de recul qu'à l'étape de l'inculpation, [TRADUCTION] « au moment approximatif du dépôt des premières accusations en mars 1995 » (par. 129) (et non lors de la mise en accusation directe, quand le 16^e chef d'accusation a été ajouté). Il n'y avait rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité pour décider de l'opportunité d'engager des poursuites. Le juge Cromwell a conclu que la preuve relative au 16^e chef d'accusation ne révélait aucun abus et que, partant, elle ne satisfaisait pas à la première étape de l'analyse d'une demande de suspension. Le juge du procès avait donc commis une erreur en ordonnant la suspension du 16^e chef d'accusation.

Le juge Cromwell s'est ensuite penché sur la conclusion relative à la perte d'objectivité du ministère public. Le juge du procès en était arrivé à deux conclusions indépendantes : au stade de l'inculpation, le ministère public avait perdu son objectivité, tandis qu'à l'étape de la mise en accusation directe, la décision du ministère public demeurait régulière. Le juge Cromwell a jugé ces deux conclusions inconciliables. Si le pouvoir discrétionnaire du ministère public de procéder par voie de mise en accusation directe a été exercé à bon droit, on doit présumer qu'il l'a exercé en tenant adéquatement

35

36

Cromwell J.A. also noted that virtually all of the specific findings of misconduct related exclusively or primarily to Ms. Potts. Her involvement in the matter ended at the time of the preliminary inquiry and before the direct indictment was preferred. Cromwell J.A. found that the trial judge erred in generalizing about misconduct by the Crown, given the narrowness of the specific conclusions that the loss of objectivity was at the charging stage, and misconduct was attributed only to Crown Potts.

compte de l'intérêt public. Cette présomption respecte la conclusion du juge du procès que la perte d'objectivité se limitait à l'étape de l'inculpation. Le juge Cromwell a aussi fait remarquer que pratiquement tous les incidents de conduite répréhensible constatés se rapportaient exclusivement ou principalement à la procureure Potts. La participation de celle-ci au dossier avait pris fin à l'étape de l'enquête préliminaire et avant la mise en accusation directe. Selon le juge Cromwell, le juge du procès avait commis une erreur en généralisant la portée de la conduite répréhensible du ministère public, eu égard au caractère restreint de ses conclusions particulières, d'après lesquelles la perte d'objectivité ne s'était manifestée qu'à l'étape de l'inculpation et la seule conduite répréhensible était celle de la procureure Potts.

37 Cromwell J.A. disagreed with the trial judge's finding that collaboration between the Crown and the police in the charging decision is wrong. He found no basis in law for such a conclusion. Provided that the independence and distinct roles of the police and the Crown are respected and that no improper purpose is being pursued, it is desirable for the Crown and police to avoid unnecessary disagreements about whether charges should proceed.

Le juge Cromwell était en désaccord avec la conclusion du juge du procès sur le caractère irrégulier de la collaboration entre le ministère public et la police dans la décision relative à l'inculpation. À son avis, cette conclusion n'était pas fondée en droit. Pourvu que l'indépendance de la police et du ministère public et la distinction entre leurs rôles respectifs soient respectées et qu'aucune fin illégitime ne soit poursuivie, il demeurerait souhaitable que le ministère public et la police évitent tout désaccord inutile quant à l'opportunité de porter des accusations.

38 The trial judge had reasoned that human nature makes it impossible for the Crown to maintain objectivity if they interview witnesses pre-charge. Cromwell J.A. rejected this. If it were so, the Crown could never conduct witness interviews, pre- or post-charge, and still remain objective. Cromwell J.A. concluded instead that "[t]he obligation to be fair-minded is ongoing" (para. 158). There was nothing "inherently insidious" about the Crown's pre-charge interviews in this case, and Cromwell J.A. proceeded on the narrower ground identified by the trial judge that the Crown's pre-charge interviews were conducted without objectivity because they were not done "for the purpose of reviewing whether the charges should proceed in the public interest" (para. 163). In other words, the Crown did something more than charge screening in this case.

Le juge du procès avait déduit que la nature humaine ne permettrait pas aux procureurs de la Couronne de conserver leur objectivité, s'ils interrogeaient des témoins avant le dépôt des accusations. Le juge Cromwell a rejeté cette conclusion. Si tel était le cas, le ministère public ne pourrait jamais procéder à des entrevues auprès de témoins, que ce soit avant ou après le dépôt des accusations, tout en conservant son objectivité. Le juge Cromwell a plutôt conclu que [TRADUCTION] « [l']obligation de demeurer équitable est permanente » (par. 158). Les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public en l'espèce n'avaient rien [TRADUCTION] « d'intrinsèquement insidieux ». Le juge Cromwell a ensuite porté son attention sur le motif plus circonscrit identifié par le juge du procès, qui voudrait que les entrevues pré-inculpation

However, Cromwell J.A. added that neither the trial judge nor he found anything wrong with the Crown encouraging, by ethical means, reluctant complainants to come forward, especially in cases of sexual assault, because those victims' confidence in the justice system is especially low.

Cromwell J.A. noted that the loss of Crown objectivity constituted the central concern regarding abuse of process in this case. The improper police announcement, and the judge-shopping comment appeared to be incidental to the decision to stay the nine charges. As a result, Cromwell J.A. did not deal with these issues at any great length.

Turning to the test for a stay of proceedings, Cromwell J.A. was of the view that the trial judge erred fundamentally at step two of this analysis because he focussed on the abuse rather than on the future harm to the integrity of the justice system. The trial judge did not find that the prejudice flowing from the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by the trial, nor did he turn his mind to any acceptable remedy short of a stay. However, the trial judge's reasons were consistent with a conclusion that Regan was facing more charges than he might have been, if the Crown had not lost its objectivity. In this sense the abuse may have had ongoing effects. But granting a stay on this basis overlooked the proper preferring of the direct indictment.

Cromwell J.A. concluded that the trial judge erred in law by relying so heavily on the Pearson recommendation as a guide to his decision to stay some of

n'aient pas été effectuées de manière objective par le ministère public parce qu'elles n'avaient pas été menées [TRADUCTION] « dans le but de déterminer s'il était dans l'intérêt public d'engager des procédures relativement aux accusations » (par. 163). En d'autres termes, le ministère public ne s'était pas contenté de filtrer les accusations en l'espèce. Le juge Cromwell a toutefois ajouté que ni le juge du procès, ni lui-même n'avaient trouvé à redire au fait que le ministère public, par des moyens qui ne dérogeaient pas à l'éthique, encourage des plaignantes réticentes à agir, tout particulièrement dans des affaires d'agression sexuelle, devant le peu de confiance de ces victimes envers le système judiciaire.

D'après le juge Cromwell, la question de la perte d'objectivité du ministère public constituait, en l'espèce, la principale source de préoccupation quant à l'abus de procédure. Étant donné que la communication irrégulière de la police et le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant semblaient accessoires à la décision de suspendre les neuf accusations, le juge Cromwell ne s'y est pas attardé.

Passant au critère régissant la suspension des procédures, le juge Cromwell a estimé que le juge du procès avait commis une erreur fondamentale à la deuxième étape de l'analyse en concentrant son attention sur l'abus plutôt que sur le préjudice futur qui menacerait l'intégrité du système judiciaire. Le juge du procès n'avait pas conclu que le préjudice découlant de l'abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la tenue du procès. Il n'avait pas non plus essayé de trouver un remède approprié moins radical que la suspension. Toutefois, la conclusion que M. Regan devait répondre à un plus grand nombre d'accusations que si le ministère public n'avait pas perdu son objectivité demeurait conséquente avec les motifs du juge du procès. En ce sens, l'abus pouvait entraîner des effets persistants. Mais la réception de la demande de suspension sur cette base faisait fi de la décision légitime de procéder par voie de mise en accusation directe.

Le juge Cromwell a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en collant aussi étroitement à la recommandation de M^e Pearson

39

40

41

the charges. The trial judge's approach intended to restore Regan to the position he would have enjoyed but for the Crown's subsequent loss of objectivity. This was wrong, as it was a retroactive cure for past misdeeds, instead of a prospective consideration of whether the abuse was ongoing, and what remedy would be best to address it. The Pearson letter had not crystallized the Crown's position on the charging decision — it was merely advice in response to police questions, and it did not even deal with three new charges, from five new complainants who surfaced after the Pearson letter.

42 Furthermore, the trial judge had not expressly considered the issue of whether another remedy was capable of removing the prejudice. Cromwell J.A. was of the view that this criterion could be satisfied without the need for a stay in this case. Crown Potts' removal from the case and the proper preferring of the direct indictment accrued to provide sufficient remedies to any past misconduct, and to prevent any future harm to the integrity of the judicial process.

43 From the errors committed in the stay inquiry, Cromwell J.A. concluded that the trial judge must have been unsure about the necessity of a stay at the completion of step two, and proceeded on to the balancing exercise at step three, on a case-by-case basis. In contrast, Cromwell J.A. ruled that the inevitable conclusion was that neither of the two criteria at the second stage of the test for a stay of proceedings was satisfied. However, if he was in error and it was necessary to go on to the third stage, Cromwell J.A. thought the trial judge erred in failing to properly consider all of the interests affected by the cases he stayed. It is impossible to do the required balancing of interests if only one side of the scale is considered. The trial judge had considered Regan's interest in granting the stay, but did not consider the societal interests in proceeding. Cromwell J.A. was especially sensitive to the fact that three of the stayed counts involved teenagers, employed as babysitters or a housekeeper by the appellant, and

pour ordonner la suspension de certaines des accusations. Le juge du procès cherchait ainsi à replacer M. Regan dans la situation où il serait trouvé si le ministère public n'avait pas ensuite perdu son objectivité. Il commettait alors une erreur, puisqu'il corrigeait ainsi rétroactivement les méfaits passés, plutôt que de porter un regard prospectif sur le caractère persistant de l'abus et sur la meilleure façon d'y remédier. La lettre de M^e Pearson n'avait pas cristallisé la position du ministère public sur les accusations à porter — elle ne constituait qu'un avis donné en réponse aux questions de la police et elle ne parlait même pas de trois nouvelles accusations émanant de cinq nouvelles plaignantes sorties de l'ombre après la lettre de M^e Pearson.

Par surcroît, le juge du procès n'avait pas non plus examiné expressément la question de savoir si une autre réparation pouvait faire disparaître le préjudice. Selon le juge Cromwell, il était possible de satisfaire à ce critère sans nécessité d'ordonner une suspension en l'espèce. Le retrait de la procureure Potts du dossier et le dépôt légitime de la mise en accusation directe constituaient, ensemble, une réparation suffisante pour remédier à toute conduite répréhensible passée et pour empêcher toute atteinte future à l'intégrité du processus judiciaire.

À partir des erreurs commises dans son analyse de la demande de suspension, le juge Cromwell a conclu que le juge du procès devait éprouver des doutes quant à la nécessité d'une suspension à la fin de la deuxième étape, de sorte qu'il est passé à la mise en balance prévue à la troisième étape, au cas par cas. Par contraste, le juge Cromwell a statué qu'une autre conclusion s'imposait inéluctablement, soit qu'aucun des deux éléments de la deuxième étape du critère régissant la suspension des procédures n'avait été établi. Toutefois, en supposant qu'il se soit lui-même trompé et qu'il faille passer à la troisième étape, le juge Cromwell a ajouté que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de tenir dûment compte de tous les intérêts en jeu dans les causes qu'il a suspendues. L'on ne saurait procéder à une juste appréciation de ces intérêts en ne tenant compte que d'un côté de la balance. Le juge du procès a pris en considération l'intérêt qu'avait M. Regan à obtenir la suspension des

he opined that, in such situations, the integrity of the justice system might be harmed by not proceeding to trial. In the result, he allowed the appeal and set aside the stays of all nine counts.

2. Freeman J.A. (dissenting)

Freeman J.A. found that this case turned on the need for police and the Crown to observe the demarcation line between their functions, particularly at the pre-charge stage. The trial judge had found that the police decision to charge and the Crown decision to prosecute the charge had been scrambled together, or homogenized. As a result, neither police nor Crown was able to discharge their constitutional role of protecting the accused and the public perception of the administration of justice. Freeman J.A. reviewed the trial judge's decision and found no fault with the careful manner in which the trial judge instructed himself respecting the role of the police and of the Crown.

A trial judge has superior familiarity with the context of a case. This is an important reason for an appeal court to show the trial decision deference. Freeman J.A. observed that the trial judge was shocked by the judge-shopping incident and even more so by the Crown's assumption of the police role in conducting pre-charge interviews to encourage witnesses to pursue charges. The trial judge had also noted the context in which this had all occurred. Following the tragedy of the wrongful imprisonment of Donald Marshall, Jr., the criminal justice system in Nova Scotia was criticized for treating prominent people more favourably. The appellant argued that Regan was the victim of a backlash, specifically that the authorities in this case overreacted by singling him out for special, unfavourable

procédures, sans tenir compte des intérêts de la société à ce que la poursuite se continue. Le juge Cromwell s'est dit particulièrement sensible au fait que trois des chefs d'accusation suspendus avaient trait à des adolescentes, engagées comme gardiennes d'enfants ou comme ménagère par l'appelant. En pareils cas, le fait de ne pas tenir de procès risquait de miner l'intégrité du système judiciaire. Il a donc accueilli l'appel et annulé la suspension des neuf chefs d'accusation.

2. Le juge Freeman (dissident)

Le juge Freeman a conclu que la question décisive dans ce pourvoi concernait la nécessité que la police et le ministère public respectent la ligne de démarcation entre leurs fonctions respectives, tout particulièrement à l'étape antérieure au dépôt des accusations. Le juge du procès avait conclu que la décision de la police de porter des accusations et la décision du ministère public d'engager des poursuites relativement à ces chefs d'accusation avaient été confondues ou homogénéisées. En conséquence, ni la police, ni le ministère public n'avaient pu s'acquitter de leur rôle constitutionnel de protéger à la fois l'accusé et la perception publique de l'administration de la justice. Le juge Freeman a examiné la décision du juge du procès et n'a rien trouvé à redire à l'approche minutieuse que celui-ci avait adoptée pour apprécier le rôle de la police et celui du ministère public.

Le juge du procès possède une connaissance plus intime du contexte de chaque espèce. Cette situation constitue une raison importante pour que les cours d'appel fassent preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès. D'après le juge Freeman, le juge du procès avait été choqué par l'incident de la recherche d'un juge plus accommodant, et encore plus par le fait que le ministère public s'était approprié le rôle de la police en procédant à des entrevues pré-inculpation, dans le but d'encourager des témoins à porter des accusations. Le juge du procès avait aussi tenu compte du contexte dans lequel se sont produits les actes reprochés. À la suite de la tragédie de l'emprisonnement injustifié de Donald Marshall, fils, le système de justice pénale de la Nouvelle-Écosse avait été critiqué pour

44

45

treatment. Freeman J.A. agreed that any citizen knowledgeable of the principles and facts involved would be equally shocked.

le traitement de faveur qu'il accordait aux personnes en vue. Monsieur Regan a prétendu être victime d'un mouvement de ressac, et plus précisément que les autorités auraient réagi de façon excessive, en l'espèce, en le ciblant et en lui réservant un traitement particulier défavorable. Le juge Freeman était lui aussi d'avis que tout citoyen bien renseigné sur le droit et les faits en cause serait également consterné.

46 Freeman J.A. was of the view that the trial judge had correctly applied the legal principles to determine that the appellant had been denied a dispassionate review of the charging decision, by an objective Crown. The result was that the accused faced a multiplicity of charges which had been determined without taking societal interests, including those of decency and fair play, into account. The trial judge had properly found this one of the clearest of cases to warrant a stay of some of the charges. A reduction in the number of charges by pruning out the less serious ones, and by accommodating society's interest by proceeding with the more serious criminal charges of rape and attempted rape, was not only the obvious remedy, but the only effective one. In conclusion, Freeman J.A. found that the trial judge had not misdirected himself and his decision was not so clearly wrong as to amount to an injustice.

Le juge Freeman a conclu que le juge du procès avait bien appliqué les principes de droit, pour déterminer que l'appelant avait été privé d'un examen impartial de la décision de porter des accusations, par un ministère public objectif. En conséquence, l'accusé devait se défendre contre de multiples accusations portées sans que ne soient pris en considération les intérêts de la société, y compris le souci de la décence et de l'équité. Le juge du procès avait à bon droit conclu qu'il s'agissait d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension d'une partie des accusations. La seule réparation efficace, d'une nécessité évidente, consistait à réduire le nombre d'accusations par l'élagage des cas les moins graves, tout en préservant l'intérêt de la société par la continuation des procédures relatives aux affaires les plus graves, soit les accusations de viol et de tentative de viol. Le juge Freeman a donc décidé que le juge du procès ne s'était pas guidé sur des principes incorrects et que sa décision n'était pas erronée au point d'équivaloir à une injustice.

IV. Legislation

IV. Dispositions législatives

47 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Charte canadienne des droits et libertés

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.

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.

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.

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.

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

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

577. In any prosecution,

577. Lors d'une poursuite :

(a) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or

(b) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid

before any court without,

(c) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General, or

(d) where the prosecution is conducted by a prosecutor other than the Attorney General and the Attorney General does not intervene in the prosecution, the written order of a judge of that court.

V. Issues

1. Did the conduct of the Crown and police amount to an abuse of process under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. Was a partial stay of proceedings warranted?

3. Was the Court of Appeal entitled to interfere with the trial court's decision to grant a partial stay?

VI. Analysis

A. *Abuse of Process*

In the *Charter* era, the seminal discussion of abuse of process is found in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. The doctrine of abuse of process had been traditionally concerned with protecting society's interest in a fair process. However, in *O'Connor*, L'Heureux-Dubé J., writing for a unanimous Court on this issue (Lamer C.J. and Sopinka and Major J.J. dissenting on the application of law to the facts), subsumed the common law doctrine of abuse of process into the principles of the *Charter* in the following terms, at para. 63:

[I]t seems to me that conducting a prosecution in a manner that contravenes the community's basic sense of

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans :

c) le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite est menée par le procureur général ou s'il y intervient;

d) le consentement écrit d'un juge de ce tribunal si la poursuite n'est pas menée par le procureur général ou s'il n'y intervient pas.

V. Les questions en litige

1. La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure interdit par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. La suspension partielle des procédures était-elle justifiée?

3. La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension?

VI. Analyse

A. *L'abus de procédure*

Le raisonnement qui fait autorité en matière d'abus de procédure depuis l'avènement de la *Charte* se trouve dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. La doctrine de l'abus de procédure visait traditionnellement à protéger l'intérêt de la société à la préservation du caractère équitable de la procédure. Toutefois, dans l'arrêt *O'Connor*, le juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour unanime sur ce point (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major étant dissidents sur une question d'application du droit aux faits), a subsumé la doctrine de l'abus de procédure en common law sous les principes exprimés par la *Charte* dans les termes suivants, au par. 63 :

[I]l me semble que le fait de mener une poursuite de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de

48

49

decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused.

50

L'Heureux-Dubé J. also acknowledged the existence of a residual category of abuse of process in which the individual's right to a fair trial is not implicated. She described this category, which is invoked in the present appeal, as follows in *O'Connor*, at para. 73:

This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

L'Heureux-Dubé J. thus held that now, when the courts are asked to consider whether the judicial process has been abused, the analysis under the common law and the *Charter* will dovetail (see *O'Connor*, at para. 71). In this manner, while it acknowledged that the focus of the *Charter* had traditionally been the protection of individual right, the *O'Connor* decision reflected and accommodated the earlier concepts of abuse of process, described at common law as proceedings "unfair to the point that they are contrary to the interest of justice" (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616), and as "oppressive treatment" (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). In an earlier judgment, McLachlin J. (as she then was) expressed it this way:

... abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice. I add that I would read these criteria cumulatively.

(*R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007)

décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l'intégrité du système, constitue également une atteinte d'envergure constitutionnelle aux droits d'une personne accusée.

Madame le juge L'Heureux-Dubé a aussi reconnu l'existence d'une catégorie résiduelle d'abus de procédure qui ne met pas en cause le droit d'une personne à un procès équitable. Voici comment elle a décrit cette catégorie, invoquée dans le présent pourvoi dans *O'Connor*, par. 73 :

Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

Le juge L'Heureux-Dubé a donc affirmé que, maintenant, lorsque les tribunaux doivent déterminer si un abus du processus judiciaire est survenu, les analyses effectuées en vertu de la common law et au regard de la *Charte* se rejoignent (voir *O'Connor*, par. 71). Ainsi, tout en reconnaissant que la *Charte* mettait traditionnellement l'accent sur la protection des droits d'une personne, l'arrêt *O'Connor* a fait écho et s'est harmonisé aux notions antérieures d'abus de procédure, que la common law décrivait comme des procédures « injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616), et comme un « traitement [. . .] oppressif » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667). Dans un arrêt antérieur, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a explicité cette notion comme suit :

... l'abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice. J'ajouterais que j'interprète ces conditions de façon cumulative.

(*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007)

Under the *Charter*, the violation of specific fair trial rights may also constitute an abuse of process, as will a breach of the more general right to fundamental justice (see *O'Connor*, at para. 73).

Finally, this Court's most recent consideration of the concept of abuse of process arose in the administrative context. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, it was held that a 30-month delay in processing a sexual harassment complaint through the British Columbia human rights system was not an abuse of process causing unfairness to the alleged harasser. For the majority, Bastarache J. came to this decision on the basis that abuse of process has a necessary causal element: the abuse "must have caused actual prejudice of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected" (para. 133). In *Blencoe's* case, it was held that the humiliation, job loss and clinical depression which he suffered did not flow primarily from the delay, but from the complaint itself, and the publicity surrounding it (*Blencoe*, at para. 133; see also *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19).

B. *Stay of Proceedings*

A stay of proceedings is only one remedy to an abuse of process, but the most drastic one: "that ultimate remedy", as this Court in *Tobiass, supra*, at para. 86, called it. It is ultimate in the sense that it is final. Charges that are stayed may never be prosecuted; an alleged victim will never get his or her day in court; society will never have the matter resolved by a trier of fact. For these reasons, a stay is reserved for only those cases of abuse where a very high threshold is met: "the threshold for obtaining a stay of proceedings remains, under the *Charter* as under the common law doctrine of abuse of process, the 'clearest of cases'" (*O'Connor, supra*, at para. 68).

En application de la *Charte*, la violation de droits particuliers rattachés à un procès équitable peut aussi constituer un abus de procédure, comme toute atteinte au droit plus général à la justice fondamentale (voir *O'Connor*, précité, par. 73).

Enfin, l'examen le plus récent par notre Cour de la notion d'abus de procédure a eu lieu dans le contexte administratif. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, notre Cour a conclu qu'un délai de 30 mois dans le traitement d'une plainte de harcèlement sexuel déposée auprès de la commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique ne constituait pas un abus de procédure entraînant une injustice envers le présumé harceleur. Au nom de la majorité, le juge Bastarache a fondé cette conclusion sur le fait que l'abus de procédure comporte un élément de causalité nécessaire : l'abus « doit [...] avoir causé un préjudice réel d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la décence du public » (par. 133). Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'humiliation, la perte d'emploi et la dépression clinique que M. Blencoe a subies ne résultaient pas principalement du délai écoulé, mais plutôt de la plainte elle-même et de la publicité qui l'a entourée (*Blencoe*, précité, par. 133; voir aussi *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587, 2001 CSC 19).

B. *La suspension des procédures*

La suspension des procédures ne constitue qu'une forme de réparation à un abus de procédure, mais celle-ci présente le caractère le plus draconien : c'est « l'ultime réparation », comme l'a qualifiée notre Cour dans l'arrêt *Tobiass*, précité, par. 86. Elle est ultime en ce sens qu'elle est définitive. Les accusations suspendues ne pourront jamais faire l'objet de poursuites; la présumée victime ne sera jamais capable de se faire entendre en justice; la société sera privée à jamais de la possibilité de faire trancher l'affaire par le juge des faits. Pour ce motif, la suspension est réservée aux seuls cas d'abus qui satisfont à un test préliminaire très exigeant : « le test pour l'obtention d'un arrêt des procédures continue de relever des "cas les plus manifestes", tant en vertu de la *Charte* que de la doctrine de l'abus de procédure en common law » (*O'Connor*, précité, par. 68).

51

52

53

54

Regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused, because of an unfair trial, or to the integrity of the justice system, a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are met:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice. [*O'Connor*, at para. 75]

The Court's judgment in *Tobiass*, at para. 91, emphasized that the first criterion is critically important. It reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective rather than a retroactive remedy. A stay of proceedings does not merely redress a past wrong. It aims to prevent the perpetuation of a wrong that, if left alone, will continue to trouble the parties and the community as a whole, in the future.

55

As discussed above, most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair. Under s. 7 of the *Charter*, however, a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system (*O'Connor*, at para. 73). Yet even in these cases, the important prospective nature of the stay as a remedy must still be satisfied: "[t]he mere fact that the state has treated an individual shabbily in the past is not enough to warrant a stay of proceedings" (*Tobiass*, at para. 91). When dealing with an abuse which falls into the residual category, generally speaking, a stay of proceedings is only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in "exceptional", "relatively very rare" cases will the past misconduct be "so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive" (*Tobiass*, at para. 91).

56

Any likelihood of abuse which will continue to manifest itself if the proceedings continue then must be considered in relation to possible remedies less

Que le préjudice découlant de l'abus touche l'accusé, qui ne bénéficie pas d'un procès équitable, ou porte atteinte à l'intégrité du système de justice, l'arrêt des procédures s'avère approprié uniquement lorsque deux critères sont remplis :

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice. [*O'Connor* par. 75]

Dans l'arrêt *Tobiass*, par. 91, notre Cour a souligné l'importance capitale du premier critère. Il reflète le caractère prospectif plutôt que rétroactif de la suspension des procédures. Cette mesure de réparation ne corrige pas simplement le préjudice causé, mais vise à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui, faute d'intervention, continuera à perturber les parties et la société dans son ensemble à l'avenir.

Tel que mentionné plus haut, la plupart des cas d'abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable. En vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il existe toutefois une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l'équité du procès, mais qui n'en mine pas moins la justice fondamentale du système (*O'Connor*, par. 73). Pourtant, même en pareil cas, l'importance du caractère prospectif de la suspension des procédures comme réparation doit être respectée : « [I]e simple fait que l'État se soit mal conduit à l'égard d'un individu par le passé ne suffit pas à justifier la suspension des procédures » (*Tobiass*, par. 91). Lorsqu'il s'agit d'un abus relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l'abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquentement. Ce n'est que dans des cas « exceptionnels », « relativement très rares », que la conduite passée reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91).

Tout risque d'abus qui continuera à se manifester au cas de poursuite du procès doit donc être évalué en regard des réparations potentielles moins

drastic than a stay. Once it is determined that the abuse will continue to plague the judicial process, and that no remedy other than a stay can rectify the problem, a judge may exercise her or his discretion to grant a stay.

Finally, however, this Court in *Tobiass* instructed that there may still be cases where uncertainty persists about whether the abuse is sufficient to warrant the drastic remedy of a stay. In such cases, a third criterion is considered. This is the stage where a traditional balancing of interests is done: “it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits”. In these cases, “an egregious act of misconduct could [never] be overtaken by some passing public concern [although] . . . a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding” (*Tobiass*, at para. 92).

C. Application to the Case at Bar

1. Abuse of Process

In the case at bar, the trial judge was concerned with the cumulative effect of three elements of the proceedings brought against the appellant: “These include judge shopping; the Crown’s pre-charge interviews, and to a lesser extent, the R.C.M.P.’s premature press release confirming the investigation” (para. 132). In addition to these events early in the proceedings, the trial judge found that the one count added to the direct indictment (count 16) was laid for an improper purpose.

(a) Judge Shopping

It is important to understand exactly what the Crown said and did in relation to judge shopping. There is direct evidence that the Senior Crown Attorney assigned to this case during the police investigation said in a meeting with police that

draconiennes qu’une suspension. Une fois établi que l’abus continuera à miner le processus judiciaire et qu’aucune autre réparation que la suspension ne permettrait de corriger le problème, le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire d’ordonner la suspension.

Enfin, dans l’arrêt *Tobiass*, notre Cour a toutefois affirmé qu’il peut arriver, dans certains cas, que subsiste un degré d’incertitude, lorsqu’il faut évaluer si l’abus est suffisamment grave pour justifier la réparation draconienne que constitue la suspension. En pareils cas, le juge applique un troisième critère. À cette étape s’effectue la mise en équilibre traditionnelle des intérêts : « il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond ». En pareil cas, « une préoccupation publique passagère [ne pourrait] jamais l’emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave [bien que] [. . .] l’intérêt irrésistible de la société à ce qu’il y ait un débat sur le fond [puisse] faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures » (*Tobiass*, par. 92).

C. L’application aux faits de l’espèce

1. L’abus de procédure

En l’espèce, le juge du procès s’est préoccupé de l’effet cumulatif de trois éléments des poursuites engagées contre l’appellant : [TRADUCTION] « Il s’agit notamment de la recherche d’un juge accommodant, des entrevues pré-*inculpation* menées par le ministère public et, à un moindre degré, du communiqué de presse prématuré de la GRC confirmant la tenue de l’enquête » (par. 132). En plus de ces événements survenus au début des procédures, le juge du procès a conclu que l’ajout d’un chef d’accusation lors de la mise en accusation directe (le 16^e chef) avait été motivé par une fin illégitime.

a) La recherche d’un juge plus accommodant

Il importe de comprendre exactement ce que le ministère public a dit et fait en ce qui a trait à la recherche d’un juge plus accommodant. Une preuve directe établit que la procureure principale de la Couronne affectée à l’affaire au cours de

57

58

59

the laying of charges should be delayed to avoid bringing them before a particular judge, whom she feared might be sympathetic to the accused. This impropriety was exacerbated by her comment that she would monitor the court docket, looking for a different judge who would be more sympathetic to the laying of charges against the accused. There is no evidence that the comment was made more than once, and no evidence that it was acted upon. Nevertheless, it was said to police involved in the case, and set a tone of overzealous and unfair pursuit of a prosecution against the accused.

l'enquête policière a déclaré, lors d'une réunion avec la police, que le dépôt des accusations devrait être reporté pour éviter qu'un juge en particulier en soit saisi, parce qu'elle craignait qu'il éprouve de la sympathie envers l'accusé. Cette irrégularité a été exacerbée, lorsqu'elle a ajouté qu'elle surveillerait le rôle de la cour à la recherche d'un autre juge mieux disposé à l'égard des accusations qui seraient portées contre l'accusé. Aucune preuve ne démontre toutefois que ce commentaire a été répété ou qu'on y a donné suite. Il n'en demeure pas moins que ce commentaire a été fait devant la police chargée de l'affaire et qu'il a donné le ton d'une attitude trop zélée et injuste dans la poursuite contre l'accusé.

60 This Court has adverted to the impropriety of trying to influence the outcome of a proceeding by trying to "select" the judge. Where it appeared that the Crown had abandoned a case before one judge to avoid an unfavourable ruling, and then reinstated charges at a new trial before a new judge, McLachlin J. was quick to point out the affront to the integrity of the system (*Scott, supra*, at pp. 1008-9):

The concern with "judge-shopping" arises from the use of the stay to avoid the consequences of an unfavourable ruling. Normally, Crown counsel faced with an unfavourable ruling is expected to accept it. The remedy is by way of appeal. . . .

Such conduct also raises concern for the impartiality of the administration of justice, real and perceived. The use of the power to stay, combined with reinstatement of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused.

Notre Cour a déjà souligné le caractère irrégulier de ces manœuvres qui cherchent à influencer l'issue d'une poursuite, en tentant de « choisir » le juge. Dans une affaire où le ministère public avait d'abord abandonné une poursuite devant un juge pour éviter une décision défavorable, puis déposé à nouveau des accusations dans le cadre d'un nouveau procès devant un juge différent, madame le juge McLachlin s'est empressée de dénoncer l'outrage ainsi fait à l'intégrité du système judiciaire (*Scott*, précité, p. 1008-1009) :

La question de la « quête au juge » vient du recours à l'arrêt des procédures pour contourner les conséquences d'une décision défavorable. Normalement, le substitut [du] procureur général placé devant une décision défavorable est censé l'accepter. Le recours est celui de l'appel. . . .

Cette conduite pose le problème de l'impartialité de l'administration de la justice, dans la réalité et selon la manière dont elle est perçue. Utiliser le pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir.

61 The judge shopping in this case was equally offensive. It illustrated another inequality between the Crown and defence, in that only the Crown has the power to influence which judge will hear its case by manipulating the timing of the laying of the charge. Even if this advantage was not ultimately exploited, it must be reasserted that judge shopping is unacceptable both because of its unfairness to the accused, and because it tarnishes the reputation

La recherche d'un juge plus accommodant était tout aussi outrageante en l'espèce. Elle illustre une autre inégalité entre le ministère public et la défense, en ce que seul le ministère public a le pouvoir d'influencer le choix du juge qui sera saisi de l'affaire en jouant sur le moment du dépôt des accusations. Même s'il n'a finalement pas tiré parti de cet avantage, il faut rappeler avec fermeté que la recherche d'un juge qu'on espère plus favorable représente

of the justice system. Furthermore, it should not infect the investigative process by involving police in a conspiracy to manipulate the process. The trial judge quite properly was seriously troubled by this evidence. He nevertheless was mindful that this single comment was not acted upon, and did not find it determinative in his ultimate conclusion that the process against the accused had been abusive to the point of necessitating a stay of proceedings.

(b) *The Police/Crown Relationship*

The appellant contends that a bright line must be drawn at the stage where charges are laid, in order to keep the functions of the police separate from those of the prosecutors. This separation, he argues, is the only way to maintain the Crown's crucial objectivity when reviewing the appropriateness of charges. The trial judge adopted this approach in assessing the administration of justice now practised in Nova Scotia. Citing various studies on the police/Crown relationship, MacDonald A.C.J. identified the police role as limited to pure investigation pre-charge, and the subsequent decision of whether to lay a charge. This reserves for the Crown the role of "Minister of Justice", in the sense that the Crown must be both ardent prosecutor once charges have been laid, and objective defender of the general public interest in determining whether to prosecute the charges recommended by police. Recognizing that in practice the police and Crown must still work together, MacDonald A.C.J. nevertheless emphasized that "the need for co-operation should never interfere [with] their individual autonomy" (para. 72).

The trial judge determined that the practice of Crown pre-charge interviewing in this country is

une pratique inacceptable. Injuste envers l'accusé, elle ternit aussi la réputation du système judiciaire. De plus, cette pratique ne devrait pas contaminer le processus d'enquête en mêlant la police à un complot destiné à manipuler le processus judiciaire. Le juge du procès était, à bon droit, gravement préoccupé par cette preuve. Il a toutefois tenu compte du fait que ce simple commentaire n'avait pas eu de suite. Il ne l'a donc pas jugé déterminant dans sa conclusion finale que le processus engagé contre l'accusé avait été abusif au point d'exiger une suspension des procédures.

b) *Le rapport entre la police et le ministère public*

L'appellant prétend qu'il faut tracer une ligne de démarcation très nette à l'étape du dépôt des chefs d'accusation, afin de séparer distinctement les fonctions de la police de celles du ministère public. Seule cette séparation, fait-il valoir, peut maintenir l'objectivité cruciale dont doit faire preuve le ministère public lorsqu'il examine la pertinence d'une accusation. Le juge du procès a adopté cette façon de voir dans son appréciation du système d'administration de la justice, tel qu'il est mis en œuvre aujourd'hui en Nouvelle-Écosse. Après avoir cité diverses études sur les rapports entre la police et le ministère public, le juge en chef adjoint MacDonald a défini le rôle de la police comme limité à l'enquête pré-inculpation proprement dite et à la décision subséquente de porter ou non des accusations. Le ministère public conserve ainsi le rôle de « représentant de la justice », en ce sens qu'il doit agir avec détermination en qualité de poursuivant, dès le dépôt des accusations, mais aussi défendre objectivement l'intérêt public général en déterminant s'il y a lieu d'engager des poursuites relativement aux accusations recommandées par la police. Tout en reconnaissant que la police et le ministère public doivent, en pratique, travailler de concert, le juge en chef adjoint MacDonald a souligné que [TRADUCTION] « la nécessité de collaborer ne devrait jamais nuire à leur autonomie respective » (par. 72).

Le juge du procès a conclu que, dans notre pays, la pratique des entrevues pré-inculpation par le

“non-existent to rare”, and is only done for the benefit of the accused, that is for the purpose of screening out frivolous or unsupportable charges: “[o]n the occasions when it is performed, it serves as a screen designed to protect an accused from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed” (para. 117). Any other pre-charge contact with witnesses would unavoidably undermine the Crown’s objectivity — MacDonal A.C.J. reasoned that human nature would prevent the Crown from considering any interest other than that of the witness. The trial judge concluded that in this case, every charge laid subsequent to a Crown interview was suspect, and only DPP Pearson’s paper-based assessment of the charges was objective.

ministère public est [TRADUCTION] « inexistante ou rare », et qu’elle ne vise que la protection de l’accusé, c’est-à-dire qu’elle a pour but de filtrer les accusations frivoles ou non étayées par la preuve : [TRADUCTION] « [L]orsqu’on y a recours, elle sert de filtre destiné à protéger l’accusé de l’embarras (l’humiliation) d’être accusé, dans l’hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard » (par. 117). Tout autre contact avec les témoins avant le dépôt des accusations minerait inévitablement l’objectivité du ministère public — selon le juge en chef adjoint MacDonal, la nature humaine empêcherait le ministère public de tenir compte de tout intérêt autre que celui du témoin. Le juge du procès a conclu que toute accusation portée à la suite d’une entrevue effectuée par le ministère public, dans cette affaire, était suspecte et que seule l’appréciation des accusations faite par écrit par le DPC Pearson était objective.

64 The question before this Court is whether the Crown’s objectivity is necessarily compromised if Crown counsel conduct pre-charge interviews of witnesses without the single, express intention of screening out charges before they are laid. In essence, this Court has been asked to consider whether, at law, Crown prosecutors must be prevented from engaging in wide-ranging pre-charge interviews in order to maintain their essential function as “Ministers of Justice”. First, it is my view that different provinces have answered this question differently, and that the trial judge erred in his evaluation of the standard practice across the country on this issue. Furthermore, while the police tasks of investigation and charge-laying must remain distinct and independent from the Crown role of prosecution, I do not think it is the role of this Court to make a pronouncement on the details of the practice of how that separation must be maintained.

Notre Cour doit déterminer si l’objectivité du ministère public est nécessairement compromise lorsque le procureur de la Couronne interroge des témoins avant l’inculpation, alors qu’il n’a pas pour intention unique et expresse de filtrer les accusations avant leur dépôt. En substance, notre Cour est appelée à décider si, en droit, il faut interdire aux procureurs de la Couronne de procéder à des entrevues pré-inculpation de portée étendue pour préserver leur fonction essentielle de « représentants de la justice ». D’abord, je remarque que diverses provinces ont répondu différemment à cette question et que le juge du procès a commis une erreur dans son évaluation de la pratique courante à l’échelle du pays en cette matière. De plus, même si les fonctions policières d’enquête et de dépôt des accusations doivent demeurer distinctes et indépendantes du rôle de poursuivant du ministère public, il n’appartient pas à notre Cour de se prononcer sur les détails pratiques de la manière de sauvegarder cette séparation.

65 The seminal concept of the Crown as “Minister of Justice” is expressed by this Court’s judgment in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R.16, in which Rand J. explained, at pp. 23-24:

Le concept fondamental du rôle de « représentant de la justice » dévolu au ministère public découle de l’arrêt de notre Cour *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16. Le juge Rand en a alors donné la description suivante aux p. 23-24 :

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n’ont pas pour but d’obtenir

to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility.

The issue before the Court in *Boucher, inter alia*, was whether the Crown counsel's personal opinion about the guilt of the accused was improper. It was so found. The exposition of the facts in *Boucher* helps to draw the distinction between Crown involvement with the case, pre-charge, and whether that inevitably leads to a loss of the Crown's necessary objectivity (at p. 27, *per* Locke J.):

The [Crown's] statements were calculated to impress upon the jury the asserted fact that, before the accused had been arrested, the Crown, with its experts, had made a thorough investigation and was satisfied that he was guilty beyond a reasonable doubt. Introduced into the record in this manner, there could be no cross-examination to test their accuracy.

The Crown prosecutor, having improperly informed the jury that there had been an investigation by the Crown which satisfied the authorities that the accused was guilty, thus assured them on his own belief in his guilt and employed language calculated to inflame their feelings against him. [Emphasis added.]

Based on the underlined sections, it appears that the Crown was involved in the investigation, before the arrest, thus presumably pre-charge. Yet this alone was not troublesome to the Court. Instead, it was the subsequent Crown's personal conclusion drawn from this investigation, namely that the accused was guilty, which was then put before the jury in the manner of evidence, which the Court found inappropriate. This action revealed that the Crown had lost his objective stance as a Minister of Justice in

une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle.

Dans l'affaire *Boucher*, notre Cour était saisie, notamment, de la question de la légitimité de l'expression de l'opinion personnelle du procureur de la Couronne au sujet de la culpabilité de l'accusé. Elle a répondu qu'elle était inadmissible. La présentation des faits dans l'affaire *Boucher* aide à établir la distinction entre la question de la participation du ministère public à l'affaire avant le dépôt des accusations et celle de savoir si elle entraîne inévitablement la perte de l'objectivité nécessaire du poursuivant (à la p. 27, le juge Locke) :

[TRADUCTION] Les déclarations [du substitut du procureur général] visaient à faire bien comprendre au jury le fait allégué que le ministère public avait procédé, avec ses experts, à une enquête approfondie avant l'arrestation de l'accusé, et qu'il était convaincu de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette preuve ainsi versée au dossier, il ne pouvait y avoir contre-interrogatoire pour en vérifier l'exactitude.

Le substitut du procureur général, ayant irrégulièrement informé le jury de la tenue d'une enquête du ministère public qui avait convaincu les autorités de la culpabilité de l'accusé, les a assurés de sa propre croyance en sa culpabilité et a employé un langage visant à attiser leur ressentiment à son égard. [Je souligne.]

Il ressort des extraits soulignés que le ministère public avait participé à l'enquête, avant l'arrestation, donc vraisemblablement, avant le dépôt des accusations. Cette participation prise isolément n'inquiétait toutefois pas la Cour. La Cour a plutôt jugé répréhensible la conclusion personnelle tirée par le substitut du procureur général à la suite de cette même enquête, soit celle de la culpabilité de l'accusé, qu'il avait ensuite portée devant le jury en guise de preuve. Ces actes avaient démontré que

the process. The example, I believe, helps to differentiate between the fact of pre-charge involvement by the Crown, and the loss of objectivity which may result.

le ministère public avait perdu son objectivité de représentant de la justice dans le processus judiciaire. Cet exemple, me semble-t-il, aide à établir la différence entre la participation du ministère public avant le dépôt des accusations et la perte d'objectivité qui peut en résulter.

66 The need for a separation between police and Crown functions has been reiterated in reports inquiring into miscarriages of justice which have sent innocent men to jail in Canada. The *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) ("Marshall Report") speaks of the Crown's duty this way: "In addition to being accountable to the Attorney General for the performance of their duties, Crown prosecutors are accountable to the courts and the public. In that sense, the Crown prosecutor occupies what has sometimes been characterized as a quasi-judicial office, a unique position in our Anglo-Canadian legal tradition" (pp. 227-28). The Marshall Report emphasizes that this role must remain distinct from (while still cooperative with) that of the police (at p. 232):

La nécessité d'une séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public a été réaffirmée à nombre d'occasions dans des rapports d'enquêtes sur des erreurs judiciaires qui ont entraîné l'emprisonnement d'innocents au Canada. Le rapport de la *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (le « Rapport Marshall ») décrit les responsabilités du ministère public dans les termes suivants : [TRADUCTION] « En plus de devoir répondre de l'accomplissement de leurs devoirs devant le procureur général, les procureurs de la Couronne doivent répondre de leurs actes devant les tribunaux et le public. En ce sens, le procureur de la Couronne occupe une fonction qui a été quelquefois qualifiée de quasi judiciaire, une position unique au sein de notre tradition anglo-canadienne » (p. 227-228). Le Rapport Marshall souligne le fait que ce rôle doit demeurer distinct (bien que marqué par un esprit de collaboration) de celui de la police (à la p. 232) :

We recognize that cooperative and effective consultation between the police and the Crown is also essential to the proper administration of justice. But under our system, the policing function — that of investigation and law enforcement — is distinct from the prosecuting function. We believe the maintenance of a distinct line between these two functions is essential to the proper administration of justice.

[TRADUCTION] Nous reconnaissons qu'une consultation marquée par la coopération et l'efficacité entre la police et le ministère public est aussi essentielle à la bonne administration de la justice. Toutefois, dans notre système, la fonction policière — la fonction d'enquête et d'application de la loi — est distincte de la fonction de poursuivant. Nous croyons que le maintien d'une ligne de démarcation nette entre ces deux fonctions est essentiel à la bonne administration de la justice.

67 I note that investigation is not synonymous with interviewing for the purposes at issue in this appeal. The trial judge made a clear ruling that the Crown did not engage in "investigation" in this case. The distinct line appears to be that police, not the Crown, have the ultimate responsibility for deciding which charges should be laid. This can still be true after the Crown has made its own pre-charge assessment, and when the two arms of the criminal justice system disagree on whether to lay charges. (See testimony of Philip Stenning, Appellant's Record,

Je remarque que le mot enquête n'est pas synonyme d'entrevue aux fins du présent pourvoi. Le juge du procès a constaté clairement que le ministère public n'avait pas participé à « l'enquête » en l'espèce. La ligne de démarcation nette signifie apparemment que l'ultime responsabilité de décider quelles accusations doivent être portées incombe à la police, et non au ministère public. Ce principe peut encore valoir après que le ministère public a procédé à sa propre évaluation pré-inculpation, lorsque les deux organes du système de justice

at p. 975.) The Nova Scotia Solicitor General's Directive on Laying of Charges (1990), which responded to the Marshall inquiry, states:

All Police Departments must implement the following protocol for the resolution of disputes between police and Crown over the laying of criminal charges:

- (i) no charge shall be laid, contrary to the advice of a Crown Prosecutor, until discussion concerning the matter has taken place between the Police Department and the Crown Prosecutor;
- (ii) if there is no resolution of the disagreement at that level, the matter must be referred to a senior police official of the department, who will discuss the matter with the Regional Crown Prosecutor;
- (iii) if, following such discussion, the police remain of the view that a charge is warranted, the charge shall be laid.

The protocol encourages a police and Crown joint assessment pre-charge: there is nothing in these recommendations that indicates that the separation between police and Crown functions must be implemented by preventing Crown contact with potential witnesses pre-charge. Therefore, while the Marshall Report speaks of a distinct line between police and Crown functions, it is one that may be drawn conceptually and figuratively, through conscious practice, rather than literally by the act of laying charges.

The appellant also drew the Court's attention to the 1998 Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin, which inquired into another recent instance of wrongful conviction, after which Morin spent several years in jail, before his innocence was recognized. This inquiry focussed on the Crown's failure of objectivity throughout the process as a result of too close contact between the

pénale ne s'entendent pas sur l'opportunité de porter des accusations. (Voir le témoignage de Philip Stenning, dossier de l'appelant, p. 975.) La directive du Solliciteur général de la Nouvelle-Écosse sur le dépôt d'accusations, émise en réaction à l'enquête Marshall (*Nova Scotia Solicitor General's Directive on Laying of Charges* (1990), prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Tous les services de police doivent mettre en œuvre le présent protocole de règlement des différends entre la police et le ministère public au sujet du dépôt d'accusations criminelles :

- (i) aucune accusation ne peut être portée à l'encontre de l'opinion d'un procureur de la Couronne, avant qu'un entretien sur la question n'ait eu lieu entre le service de police et le procureur de la Couronne;
- (ii) en cas d'incapacité à résoudre le différend à ce niveau, la question doit être soumise à un agent de police supérieur du service, qui s'entretiendra de la question avec le procureur de la Couronne régional;
- (iii) si, à la suite d'un tel entretien, la police continue à penser qu'il y a lieu de porter des accusations, il y aura dépôt des accusations.

Le protocole encourage l'évaluation conjointe, par la police et par le ministère public, de l'opportunité de porter des accusations : aucun élément de ces recommandations n'indique que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public doit être mise en œuvre en empêchant le ministère public d'entrer en contact avec des témoins potentiels avant le dépôt des accusations. Par conséquent, même si le Rapport Marshall parle d'une ligne de démarcation nette entre les fonctions de la police et celles du ministère public, c'est une ligne qui peut être tirée sur le plan des concepts et au figuré, par une pratique éclairée, plutôt qu'au propre, par le dépôt concret d'accusations.

L'appelant a aussi attiré l'attention de notre Cour sur le Rapport de 1998 de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin, une enquête sur une autre erreur judiciaire récente qui a entraîné l'incarcération de M. Morin pendant plusieurs années avant que son innocence soit reconnue. Cette enquête s'est concentrée sur le manque d'objectivité du ministère public du début à la fin du processus

Crown counsel and police. Justice Kaufman, who wrote the report, concluded that, at the root of the problems in the Morin case there had been a failure by the Crown prosecutor to assess objectively the reliability of evidence, before charges were laid (vol. 2, at pp. 909, 911 and 1069-70):

The bottom line is this: [the Crown] failed to *objectively* assess the reliability of evidence which favoured the prosecution. It is difficult to determine the precise extent to which each of the prosecutors appreciated just how unreliable some of the evidence tendered was. . . .

The prosecutors showed little or no introspection about these contaminating influences upon witnesses for two reasons: one, the evidence favoured the prosecution; this coloured their objectivity; two, their relationship with the police which, at times, blinded them, and prevented them from objectively and accurately assessing the reliability of the police officers who testified for the prosecution. . . .

It is also understandable that this belief [of Morin's guilt] would affect the prosecutors' assessment of their own evidence and the evidence tendered by the defence. Their failing was that this belief so pervaded their thinking that they were unable, at times, to objectively view the evidence, and incapable at times to be at all introspective about the very serious reliability problems with a number of their own witnesses. As I have said earlier, their relationship with the police, at times, blinded them to the very serious reliability problems with their own officers. [Emphasis in original.]

70

The parties agree in the present case that Crown objectivity and the separation of Crown from police functions are elements of the judicial process which must be safeguarded. What the Morin inquiry shows is that objectivity can be lost without the Crown's involvement in pre-charge interviews, and that this loss of objectivity in fact did occur, in part, as a result of post-charge Crown interviews. It does not mean that the absence of pre-charge interviews would be, of itself, a guarantee of fair process or that the restrained use of such interviews may not be consistent with a separation of Crown and police functions.

par suite d'un contact trop étroit entre le procureur de la Couronne et la police. L'auteur du rapport, le juge Kaufman, a attribué les problèmes survenus dans l'affaire Morin à l'absence d'une évaluation objective de la fiabilité de la preuve par le procureur de la Couronne avant le dépôt des accusations (t. 2, aux p. 1053, 1055 et 1235) :

En conséquence, la conclusion est la suivante : [les procureurs de la Couronne] n'ont pas réussi à évaluer *objectivement* la fiabilité de la preuve de la poursuite. Il est difficile de déterminer à quel point, précisément, chaque procureur a établi le manque de crédibilité d'une partie de la preuve présentée . . .

Les procureurs ont fait preuve d'un piètre jugement quant à la question des influences contaminantes pour les témoins : premièrement, la preuve favorisait la poursuite, ce qui fausse leur objectivité; deuxièmement, leurs rapports avec la police qui, à certains moments, les empêchait d'y voir clair et d'évaluer avec objectivité et précision la fiabilité des agents qui témoignaient pour la poursuite . . .

Il est également normal que cette conviction [en la culpabilité de Morin] ait influé sur l'évaluation faite par les procureurs de leurs propres éléments de preuve et de la preuve présentée par la défense. Leur manquement est que cette conviction a tellement envahi leurs pensées qu'ils étaient parfois incapables de considérer la preuve objectivement et parfois incapables d'être quelque peu introspectifs face aux très graves problèmes de fiabilité de certains de leurs propres témoins. Comme je l'ai déjà dit, leur lien avec la police les a parfois aveuglés sur les très graves problèmes de fiabilité de leurs propres policiers. [En italique dans l'original.]

Les parties reconnaissent en l'espèce que l'objectivité du ministère public et la séparation entre les fonctions du ministère public et celles de la police sont des éléments du processus judiciaire qu'il faut protéger. L'enquête sur l'affaire Morin, démontre que le ministère public peut perdre son objectivité sans avoir participé à des entrevues pré-inculpation et qu'il l'a effectivement perdue, en partie, par suite d'entrevues effectuées par le ministère public après le dépôt d'accusations. Il ne faut pas en conclure que l'absence d'entrevues pré-inculpation garantirait, en soi, le caractère équitable du processus, ni que le recours limité à pareilles entrevues devient nécessairement incompatible avec une séparation des fonctions de la police et du ministère public.

(c) *Other Jurisdictions*

While the separation of police and Crown roles is a well-established principle of our criminal justice system, different provinces have implemented this principle in various ways. This Court has already recognized that some variation in provincial practices in the administration of the criminal law is to be expected and allowed in certain circumstances. In *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, Dickson C.J. observed, at pp. 289-90:

It is necessary to bear in mind that differential application of federal law can be a legitimate means of forwarding the values of a federal system. In fact, in the context of the administration of the criminal law, differential application is constitutionally fostered by ss. 91(27) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The area of criminal law and its application is one in which the balancing of national interests and local concerns has been accomplished by a constitutional structure that both permits and encourages federal-provincial cooperation. A brief review of Canadian constitutional history clearly demonstrates that diversity in the criminal law, in terms of provincial application, has been recognized consistently as a means of furthering the values of federalism. Differential application arises from a recognition that different approaches to the administration of the criminal law are appropriate in different territorially based communities.

An examination of the practices in several Canadian provinces illustrates that different jurisdictions have approached the issue of Crown pre-charge interviews in different ways.

(i) New Brunswick

At trial, several witnesses gave evidence about the system of criminal prosecutions in the province of New Brunswick. Glendon Abbott, Director of Public Prosecutions for the province, was one. He described that part of the Crown's function as to

provide advice to policing authorities. We in the Province of New Brunswick, at least, exercise a pre-charge screening function. The Attorney General has set

c) *La situation dans d'autres ressorts*

Bien que la séparation entre les fonctions de la police et celles du ministère public constitue un principe bien établi dans notre système de justice pénale, les provinces appliquent ce principe de différentes façons. Notre Cour a déjà reconnu que certaines différences dans les pratiques provinciales d'administration du droit criminel restent prévisibles et permises dans certaines circonstances. Dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, le juge en chef Dickson a fait, à ce propos, l'observation suivante, aux p. 289-290 :

En premier lieu, il faut se rappeler que des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral. De fait, dans le contexte de l'administration du droit criminel, les différences d'application sont favorisées par les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit criminel et son application sont un domaine dans lequel un équilibre a pu être établi entre les intérêts nationaux et les préoccupations locales grâce à une structure constitutionnelle qui permet et encourage à la fois la collaboration du fédéral et des provinces. Il ressort clairement d'une brève revue de l'histoire constitutionnelle canadienne que la diversité du droit criminel dans son application par les provinces a été reconnue de façon constante comme moyen de promouvoir les valeurs propres au fédéralisme. Les différences d'application naissent de la reconnaissance de l'opportunité d'adopter dans différentes régions des façons différentes d'aborder l'administration du droit criminel.

En examinant les pratiques qui ont cours dans plusieurs provinces canadiennes, on constate que divers ressorts ont abordé différemment la question des entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public.

(i) Le Nouveau-Brunswick

Au procès, plusieurs témoins sont venus décrire le système de poursuite criminelle dans la province du Nouveau-Brunswick. Glendon Abbott, directeur des poursuites criminelles pour la province était de ce nombre. Il a expliqué qu'une partie de la fonction du ministère public consiste à

[TRADUCTION] conseiller les autorités policières. Nous exerçons, dans la province du Nouveau-Brunswick, à tout le moins, une fonction de filtrage avant le dépôt des

out a threshold for charging and we review police files that are brought to us for that purpose, to make a decision on charging. And we exercise the prosecutorial duties to advance the case through the legal system. . . . The short form of the test [to determine whether a prosecution should proceed] is to be satisfied that there is a reasonable prospect of conviction.

73

Mr. Abbott also gave evidence about his understanding of New Brunswick's written policy on initiating prosecutions: "In my view, yes, implicitly it does speak to [Crown pre-charge interviews] and contemplates pre-charge contact with potential witnesses." The policy states:

In making a decision as to sufficiency of evidence, the Crown prosecutor considers such factors as the availability and admissibility of evidence, the credibility of witnesses, and their likely impression on a judge or jury, the admissibility of any confessions, the reliability and admissibility of any identification, and generally will draw on experience to evaluate how strong the case is likely to be when presented in court. In addition, there are public interest factors that may be taken into account.

(New Brunswick Criteria for Prosecutions, Appellant's Record, at pp. 519-520)

Mr. Abbott testified that based on this policy,

in some cases . . . the prosecutor and myself from my own experience would want to interview some of the witnesses [pre-charge]. Not in every case, but in some cases. . . .

Over approximately 23 or so years I've been with public prosecutions, this is not an uncommon practice. . . .

I think as a category of offenses or alleged offenses, where there are allegations of sexual assault, this is more common.

Such Crown pre-charge interviews are conducted to assess credibility and weight of the complainant's

accusations. Le procureur général a établi un critère préliminaire pour le dépôt d'accusations et nous examinons les dossiers de la police qui nous sont soumis à cette fin, afin d'arrêter une décision quant au dépôt d'accusations. Et nous exerçons les fonctions du poursuivant pour faire progresser l'affaire dans le système de justice [. . .] En bref, le critère [permettant de déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites] se résume ainsi : il faut être convaincu qu'il existe une perspective raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité.

M^e Abbott a aussi témoigné au sujet de son interprétation de la politique écrite du Nouveau-Brunswick sur l'engagement des poursuites : [TRADUCTION] « À mon avis, oui, implicitement, elle s'applique aux [entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public] et vise le contact avec les témoins potentiels avant le dépôt des accusations. » La politique est ainsi libellée :

[TRADUCTION] Le procureur de la Couronne tiendra compte des facteurs suivants pour se prononcer sur le caractère suffisant de la preuve : la disponibilité et l'admissibilité des éléments de preuve, la crédibilité des témoins et l'impression qu'ils produiront vraisemblablement sur le juge ou le jury, l'admissibilité des aveux, la confiance qu'on peut avoir dans la preuve d'identification et son admissibilité. Il se servira de son expérience pour évaluer la probabilité d'emporter la conviction du juge ou du jury lorsqu'il leur présentera la preuve. En outre, il y [a] d'autres facteurs tenant à l'intérêt public dont il pourra tenir compte.

(Nouveau-Brunswick, Critères d'engagement des poursuites, dossier de l'appellant, p. 519-520)

M^e Abbott a déclaré que, conformément à cette politique,

[TRADUCTION] dans certains cas [. . .] le procureur et moi-même, en me fondant sur ma propre expérience, nous voulons interroger certains des témoins [avant le dépôt des accusations]. Pas dans tous les cas, mais dans certains cas . . .

Sur une période d'environ 23 ans d'expérience au sein du ministère public, cela n'est pas une pratique peu commune . . .

Je crois qu'en ce qui a trait à une catégorie d'infractions ou d'infractions alléguées, lorsqu'il y a des allégations d'agression sexuelle, c'est plus courant.

Le ministère public effectue de telles entrevues pré-inculpation pour apprécier la crédibilité et la force

evidence, for both youthful witnesses, and adults, and to inform potential witnesses of the legal process, while also testing their resolve to pursue the matter. Mr. Abbott acknowledged that as a result of his pre-charge interviews, “there were cases where it aided [him] in drawing a conclusion that there was a reasonable prospect of conviction and — well, not equally, but in many cases where there wasn’t a reasonable prospect of conviction”. He concluded, “I don’t feel that interviewing the witness prior to the approval or not or approval [*sic*] of charges affects my ability to discharge my duty impartially.”

Regional Crown Prosecutor for the rural Miramichi district of New Brunswick, Fred Ferguson, testified that he too does pre-charge interviewing, about once a year. In his experience, such interviewing is done for young witnesses, historic sex assault allegations, and “where there’s been a question of motive” to prosecute. He said that time and manpower have made it difficult to do more pre-charge interviews.

(ii) Quebec

The intervener Attorney General of Quebec made submissions before this Court that it is not unusual in that province for Crown counsel to interview witnesses pre-charge: [TRANSLATION] “[T]he intervener maintains that there is nothing heretical in a representative of the Attorney General meeting with or even questioning witnesses, including victims, before charges are laid” (Intervener’s factum, at para. 3). In fact, pre-charge screening has been a “systematic” practice in Quebec for more than 30 years (Intervener’s factum, at para. 4).

The system of Crown pre-charge screening in Quebec is much like that in New Brunswick, and was instituted to improve the administration of

probante des témoignages des plaignants, tant pour les jeunes témoins que pour les adultes, et pour informer les témoins potentiels sur le processus judiciaire, tout en éprouvant leur détermination. M^e Abbott a reconnu, à l’égard de ses entrevues pré-inculpation, que [TRADUCTION] « dans certains cas, elles [l]’ont aidé à tirer la conclusion qu’il y avait une perspective raisonnable de condamnation et — en fait, pas aussi souvent, mais dans nombre de cas, qu’il n’y avait pas de perspective raisonnable de condamnation ». Il a conclu en ces termes : [TRADUCTION] « Je ne crois pas que le fait d’interroger le témoin avant l’approbation ou non du dépôt des accusations ait un effet sur ma capacité de m’acquitter de ma fonction avec impartialité. »

Le procureur de la Couronne régional pour le district rural de Miramichi (Nouveau-Brunswick), Fred Ferguson, a témoigné qu’il effectuait lui aussi des entrevues pré-inculpation, environ une fois par année. Selon son expérience, de telles entrevues se pratiquent dans le cas de jeunes témoins, d’allégations d’agression sexuelle remontant à très longtemps, et [TRADUCTION] « lorsqu’on s’interroge sur les motifs » à l’origine de la plainte. Il a déclaré que les contraintes de temps et de personnel font qu’il est difficile d’effectuer davantage d’entrevues pré-inculpation.

(ii) Québec

La procureure générale du Québec, intervenante, a soumis à notre Cour des observations portant qu’il n’est pas inhabituel dans cette province que des substituts du procureur général interrogent des témoins avant le dépôt d’accusations : « [L]’intervenante soutient qu’il n’y a rien d’hérétique pour un représentant du procureur général de rencontrer voire même d’interroger des témoins, y compris les victimes, avant que des accusations ne soient portées » (mémoire de l’intervenante, par. 3). En fait, le filtrage pré-inculpation constitue une pratique « systématique » au Québec depuis plus de 30 ans (mémoire de l’intervenante, par. 4).

Le système de filtrage pré-inculpation au Québec ressemble beaucoup à celui du Nouveau-Brunswick et il a été institué afin d’améliorer l’administration

74

75

76

justice. In particular, the practice is done for a number of reasons:

[TRANSLATION] The prosecutor's decision to authorize the laying of criminal charges presupposes that the conduct complained of constitutes an offence in law, that there are reasonable grounds to believe that the person under investigation is the perpetrator, that it is legally possible to prove it, and that it is appropriate to prosecute. In exercising prosecutorial discretion, the prosecutor must take into account various policy and social considerations. [Intervener's factum, at para. 14]

As almost all of the expert witnesses at trial testified, Crown pre-charge interviewing is especially useful in cases of sexual assault allegations. The Quebec experience further supports this:

[TRANSLATION] Generally, the goals are to understand better the victim's reluctance to lodge a complaint or to testify, to reassure him or her and to create an atmosphere of trust, in order better to assess the witness's credibility if necessary or to get the witness to relate accurately the circumstances of the offence to the court or, in some cases, simply to explain the proceedings to the victim, including the examination and cross-examination, so that he or she is better prepared to face an experience that is very painful for a number of people. [Intervener's factum, at para. 36]

In fact, Quebec's Justice Minister has instructed that contact between sexual assault complainants and Crown counsel should occur at the beginning of the process of laying charges, and in cases of minors (under the age of 18) who make such complaints, pre-charge meetings with the Crown are mandatory. According to the *Manuel de directives aux substituts du procureur général* (rev. 1997), Directive No. INF-1, at para. 5, with certain exceptions, [TRANSLATION] “[t]he prosecutor must meet with the child before authorizing the laying of an information”. (See also ministère de la Justice du Québec, *Crimes à caractère sexuel: Guide du poursuivant* (2000), at pp. 13 and 27.)

(iii) British Columbia

Several of the witnesses and interveners remarked that British Columbia also uses a system

de la justice. L'on a recours à cette pratique en particulier pour plusieurs raisons :

La décision du substitut d'autoriser le dépôt d'accusations criminelles présuppose que le comportement reproché constitue une infraction en droit, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne sous enquête en est l'auteur, qu'on puisse légalement en faire la preuve et qu'il soit opportun de poursuivre. En effet, dans l'exercice de la discrétion de poursuivre, le substitut doit prendre en compte différentes considérations d'intérêt public et social. [Mémoire de l'intervenante, par. 14]

Ainsi que l'ont déclaré pratiquement tous les témoins experts au procès, la tenue d'entrevues pré- inculpation par le ministère public est particulièrement utile dans les affaires d'allégations d'agression sexuelle. L'expérience du Québec vient étayer ces opinions :

Généralement, cela vise à mieux comprendre les réticences de la victime à porter plainte ou à venir témoigner, à la rassurer et à créer un climat de confiance, à mieux jauger au besoin la crédibilité du témoin ou à l'amener à raconter fidèlement au tribunal les circonstances de l'infraction ou, dans certains cas, à lui expliquer simplement le déroulement des procédures dont l'interrogatoire et le contre-interrogatoire pour ainsi mieux le préparer à affronter ce qui est très pénible pour plusieurs personnes. [Mémoire de l'intervenante, par. 36]

En fait, le ministre de la Justice du Québec a prescrit que la rencontre entre les plaignants dans des affaires d'agression sexuelle et le substitut du procureur général ait lieu au début du processus de dépôt des accusations; lorsque les plaignants sont des mineurs (moins de 18 ans) dans de telles affaires, les entrevues avec le substitut du procureur général avant le dépôt des accusations sont obligatoires. Selon le *Manuel de directives aux substituts du procureur général* (rév. 1997), Directive n^o INF-1, par. 5, « [l]e substitut doit rencontrer l'enfant avant d'autoriser une dénonciation », sauf exception. (Voir aussi ministère de la Justice du Québec, *Crimes à caractère sexuel : Guide du poursuivant* (2000), p. 13 et 27.)

(iii) Colombie-Britannique

Plusieurs des témoins et intervenants ont fait remarquer que la Colombie-Britannique emploie

of pre-charge screening, similar to New Brunswick and Quebec. In British Columbia, Crown counsel must approve charges before the police can lay them, and this Crown approval may require witness interviews, pre-charge. The Crown charge screening function is intended to accomplish the same variety of systemic benefits as in New Brunswick, Quebec, and even Ontario (see below). A 1990 study by the Law Reform Commission of Canada, which looked at the role of Crown counsel in the criminal justice system, remarked that the pre-charge screening/interviewing procedures used in New Brunswick, Quebec and British Columbia work well (Law Reform Commission of Canada, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990), Working Paper 62, at pp. 74-75).

(iv) Ontario

Michael Code, a witness for the appellant, described the most restrictive role for Crown pre-charge involvement, which he said is the practice in Ontario. According to Mr. Code, a former Assistant Deputy Attorney General — Criminal Law of the province, two dangers arise from pre-charge interviewing by the Crown. First, it can undermine the independence of police in deciding which charges to lay, and second, it can strip the Crown of its necessary objectivity in assessing whether to proceed with the charges laid by police. (I note here that the trial judge in this case made no finding that the police decision to lay charges was improper. Therefore, only the second concern will be further developed.)

To avoid these perversions of our system of police/Crown independence, Mr. Code was of the opinion that Crown counsel should not interview witnesses until after police have laid the charge, and after the Crown has decided to prosecute it. He

elle aussi un système de filtrage pré-inculpation qui est semblable à ceux du Nouveau-Brunswick et du Québec. En Colombie-Britannique, le procureur de la Couronne doit approuver les accusations avant que la police ne puisse les déposer, et cette approbation peut exiger la tenue d'entrevues avec des témoins, avant le dépôt des accusations. La fonction de filtrage des accusations par le ministère public vise à obtenir les mêmes types d'avantages systémiques qu'au Nouveau-Brunswick, au Québec, voire en Ontario (voir plus loin). Une étude effectuée en 1990 par la Commission de réforme du droit du Canada, qui a étudié le rôle du procureur de la Couronne dans le système de justice pénale, a mentionné que les procédures d'examen préalable et d'entrevues pré-inculpation employées au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique fonctionnent bien (Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990), Document de travail 62, p. 77).

(iv) Ontario

Michael Code, un témoin cité par l'appellant, a décrit le rôle le plus restrictif du ministère public à l'étape pré-inculpation, qui correspond selon lui à la pratique en Ontario. Selon M^e Code, ancien sous-procureur général adjoint — droit criminel de la province, la participation du ministère public à des entrevues pré-inculpation comporte deux dangers. En premier lieu, elle peut miner l'indépendance de la police dans sa décision quant aux accusations à porter. En deuxième lieu, elle est susceptible de priver le ministère public de l'objectivité nécessaire pour déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites relativement aux accusations portées par la police. (Je note ici que le juge du procès n'a pas conclu en l'espèce que la décision de la police de porter des accusations était répréhensible. Par conséquent, seul le deuxième point sera examiné plus en profondeur.)

Afin d'éviter ces dérèglements de notre système d'indépendance entre les fonctions de la police et du ministère public, M^e Code estimait que le procureur de la Couronne ne devrait pas interroger les témoins avant que la police ait porté des accusations

testified that among the 10 very senior prosecutors he knows, they personally never conduct pre-charge interviews, have never heard of anyone else doing it, and think it is wrong, and inconsistent with their role as Crown counsel.

80 Despite Mr. Code's position, another witness from Ontario, Chief Crown Attorney for Ottawa-Carleton, Andrejs Berzins, testified that some pre-charge Crown interviewing is done in Ontario. Mr. Berzins has done one or two such pre-charge interviews every year.

81 Brian Gover, another expert witness from Ontario, confirmed this practice: "I regard it as an unusual event for a Crown counsel to interview a potential witness at a pre-charge stage. But, nonetheless, it's my view that Crown practice in Ontario is sufficiently flexible to accommodate that occurring." (Appellant's Record, p. 696) He added (at p. 717):

... it's important that Crown counsel have paramount in his or her mind the role of the Crown as distinguished from the role of the police. It's essential that the Crown not engage in pre-charge evidence-gathering. But, as I said, there will be circumstances in which it is appropriate for the Crown to engage in a process of confirming in his or her own mind that the evidence attributed to a witness would, in fact, be given by that witness as part of the determination of whether reasonable grounds exist and whether there's a reasonable likelihood of conviction.

82 Therefore, even in Ontario, it cannot be said that Crown pre-charge interviews are non-existent, and in Quebec, New Brunswick and British Columbia they are common, and regularly conducted in sexual assault cases, especially when historic incidents or young complainants are involved.

(d) *Policy Considerations*

83 A lesson underscored by the report on the Morin case and the events which led to its tragic outcome

et que le ministère public ait décidé d'engager des poursuites. Il a affirmé qu'aucun des 10 procureurs principaux qu'il connaît n'a jamais effectué d'entrevue pré-inculpation ni entendu parler de quelque autre procureur qui l'aurait fait, et qu'ils croient tous que cela est irrégulier et incompatible avec leur rôle de procureurs de la Couronne.

À l'encontre de la position de M^e Code, un autre témoin de l'Ontario, le procureur de la Couronne en chef pour Ottawa-Carleton, Andrejs Berzins, a témoigné que le ministère public procède à l'occasion à des entrevues avant le dépôt des accusations en Ontario. M^e Berzins en effectue une ou deux chaque année.

Brian Gover, autre témoin expert de l'Ontario, a confirmé cette pratique : [TRADUCTION] « Je considère inhabituel qu'un procureur de la Couronne interroge un témoin potentiel à l'étape pré-inculpation. Cela dit, j'estime toutefois que la pratique du ministère public en Ontario est suffisamment souple pour permettre que cela se produise. » (Dossier de l'appelant, p. 696) Il a ajouté ce qui suit (à la p. 717) :

[TRADUCTION] ... il est important que le substitut du procureur général garde avant tout à l'esprit le rôle du ministère public, par opposition au rôle de la police. Il est essentiel que le procureur de la Couronne ne participe pas à la collecte d'éléments de preuve avant le dépôt des accusations. Toutefois, comme je l'ai dit, il peut y avoir des circonstances où il est opportun que le procureur de la Couronne s'engage dans un processus visant à confirmer dans son esprit que la preuve attribuée à un témoin sera en fait offerte par ce témoin, afin de vérifier l'existence de motifs raisonnables et la probabilité raisonnable d'une déclaration de culpabilité.

Par conséquent, même en Ontario, l'on ne peut affirmer qu'il ne se pratique pas d'entrevues pré-inculpation, tandis qu'au Québec, au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique, ces entrevues s'effectuent couramment et ont régulièrement lieu dans les affaires d'agression sexuelle, tout spécialement lorsqu'il s'agit d'incidents très anciens ou de jeunes plaignants.

d) *Considérations de principe*

L'une des leçons à tirer du rapport sur l'affaire Morin et des événements qui ont mené à son

is that the appellant's proposed "quick fix" to maintain Crown objectivity, by preventing Crown interviews pre-charge, is both misguided, and potentially harmful — because pre-charge Crown interviews may advance the interests of justice (see below), and because the pre- versus post-charge distinction may distract attention away from the necessary vigilance to maintain objectivity throughout the proceedings.

It is quite clear that there are many public policy reasons for which Crown counsel in some jurisdictions conduct witness interviews, pre-charge. Mr. Abbott and Mr. Gover both testified about efficiencies which are gained by pre-charge screening which protect the repute of the justice system, not only the personal interests of the accused. Complainants also benefit from a single decision to proceed with or avoid laying charges, rather than having to deal with the stress and publicity of a charge and then face the appearance that they have made a spurious accusation if the charge is later withdrawn. In addition, all of the expert witnesses with knowledge of the Crown practice of pre-charge interviewing told of the interests it serves in assessing witness credibility, demeanour and resolve, especially in sexual assault cases. Such pre-charge interviews are even more important when charges are "historic" or when complainants are young.

The evidence in this case also exposes the systemic concerns that sexual assault complainants often have. The RCMP report about the Regan investigation is very telling in this regard:

In some cases, those strongly suspected of being a victim, would not discuss the incident with the investigators, leaving the member with the feeling that the incident had

dénouement tragique est que la « solution simple » que propose l'appelant, soit empêcher le ministère public de procéder à des entrevues pré-inculpation, s'avère à la fois peu judicieuse et potentiellement dangereuse. En effet, ces entrevues peuvent servir les intérêts de la justice (voir plus loin) et que la distinction entre les entrevues antérieures et postérieures au dépôt des accusations est susceptible de détourner l'attention de la vigilance nécessaire au maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures.

Il est fort clair qu'il existe nombre de considérations de principe expliquant la tenue d'entrevues auprès des témoins avant le dépôt des accusations, par les procureurs de la Couronne de certains ressorts. M^e Abbott et M^e Gover ont tous deux décrit dans leur témoignage les gains réalisés sur le plan de l'efficacité grâce au filtrage pré-inculpation, qui protège aussi bien la réputation du système de justice que les intérêts personnels de l'accusé. J'ajouterais que les plaignants aussi profitent du fait qu'une seule décision est arrêtée sur l'opportunité d'engager des poursuites ou de ne pas déposer d'accusations, plutôt que de devoir subir le stress et la publicité liés à une accusation, pour ensuite apparaître comme les auteurs de fausses accusations s'il arrive que celles-ci soient retirées plus tard. De plus, tous les témoins experts au fait de la pratique d'entrevues pré-inculpation par le ministère public ont mentionné les avantages qui en découlent en ce qui a trait à l'appréciation de la crédibilité, de l'attitude et de la détermination des témoins, tout particulièrement dans les affaires d'agression sexuelle. Ces entrevues pré-inculpation jouent un rôle encore plus important lorsque les faits reprochés remontent à très longtemps ou dans le cas de jeunes plaignants.

La preuve produite en l'espèce expose aussi les préoccupations systémiques qu'éprouvent souvent les victimes d'agression sexuelle. Le rapport de la GRC au sujet de l'enquête sur M. Regan est très révélateur à cet égard :

[TRADUCTION] Dans certains cas, des personnes très susceptibles d'être des victimes ne veulent pas parler de l'incident avec les enquêteurs, donnant à l'agent

84

85

taken place however they preferred not to disclose. . . . [some] who were willing to confirm that an offence was committed. . . . are not in a position to become involved in any court process because of . . . the fear of repercussions. . . .

The fact that the suspect, in some cases being the Premier of the Province or in other cases, a high-profile person within the community, coupled with the victim's fear and what the public reaction would be, especially in the 1950's, '60's and '70's, is certainly reason to understand why victims failed to disclose.

(Investigation Report, March 30, 1994, Appellant's Record, at pp. 1068-69)

Complainants may worry of retribution from the alleged assailant, and from their own families and community. They may also fear being "re-victimised" by the court system. They may not feel comfortable making complaints to police, or feel reassured by police regarding confidentiality, or the process in general. The extensive record of discussion between witnesses, police and Crown (see for example: continuation report, Respondent's Record, at pp. 716-18) here shows that, in some cases where police failed to assuage the concerns of some complainants, Crown counsel were successful. The interests of justice are not only served by screening out fruitless complaints but also served by encouraging proper charges to go forward, and by signalling to the larger society that complainants can bring sexual assault charges to the courts without further undue trauma, and that where charges are properly laid, they will be prosecuted.

l'impression que l'incident a eu lieu même si elles préféreraient ne pas le dénoncer [. . .] [certaines] qui étaient disposées à confirmer qu'une infraction avait été commise [. . .] ne sont pas en position pour s'engager dans quelque processus judiciaire par [. . .] crainte des répercussions . . .

Le fait que le suspect soit, dans certains cas, le premier ministre de la province, ou dans d'autres cas, une personne très en vue au sein de la collectivité, combiné à la crainte de la victime et à la réaction potentielle du public, tout spécialement dans les années 1950, 1960 et 1970, est certainement une raison qui permet de comprendre pourquoi les victimes se sont abstenues de porter plainte.

(Rapport d'enquête, 30 mars 1994, dossier de l'appelant, p. 1068-1069)

Il arrive que des plaignantes craignent des représailles de la part du présumé agresseur, et de leur propre famille ou collectivité. Elles peuvent aussi redouter d'être « victimisées de nouveau » par le système judiciaire. Le dépôt de plaintes à la police peut les rendre mal à l'aise. Les promesses de la police au sujet de la confidentialité ou du processus judiciaire en général ne les rassureront pas toujours. Le long compte rendu des entretiens entre les témoins, la police et le ministère public (voir par exemple : Rapport de continuation, dossier de l'intimée, p. 716-718) indique par endroit que dans les cas où la police avait été incapable d'apaiser les inquiétudes de certaines plaignantes, les procureurs de la Couronne y ont réussi. On sert les intérêts de la justice non seulement en éliminant les plaintes infructueuses, mais aussi en encourageant le dépôt d'accusations bien fondées et en indiquant clairement à la société en général que les plaignantes peuvent dénoncer des agressions sexuelles devant les tribunaux sans s'exposer à de nouveaux traumatismes indus et que, lorsque des accusations sont portées légitimement, des poursuites sont engagées.

86

Finally, quite apart from the specific aspects of sexual assault allegations, other examples abound of situations where the interests of justice may be served by the Crown conducting pre-charge interviews. For example: the protection of *Charter* rights during an investigation, cases

Enfin, outre les aspects précis des allégations d'agression sexuelle, on retrouve nombre d'exemples de situations où les intérêts de la justice pourront être bien servis en permettant au ministère public de procéder à des entrevues avant le dépôt des accusations. Ces entrevues pourraient être

involving jailhouse informants, and cases which have a statutory requirement for Crown consent to the laying of charges.

(e) *The Impact of the Trial Judge's Approach to Policy Issues*

It is also important that the justice system not be and not appear arbitrary. The trial judge explained the "crucial issue" before him as a narrow one: "It involves firstly, the Crown's determination to interview complainants pre-charge and secondly, the impact of that process on the number and types of charges that were ultimately laid" (para. 121). But the determination of the appropriateness of Crown influence on the charging decision based on when Crown interviews are conducted reveals a certain arbitrariness. In the case at bar, the trial judge found abuse because the Crown interviewed complainants before charges were laid. The trial judge found that this extinguished the Crown's objectivity, and he implied that, as a result, more charges were laid than if objectivity had been retained. Yet, if the Crown had waited until after charges were laid to re-interview those complainants who initially had refused to come forward, it would still have been open to the Crown to recommend to police that these additional charges should be laid. It would have remained within police discretion to add charges based on that Crown advice. In fact, the May 30 amendment to the information did add new charges in relation to a new complainant. Yet, again, in the direct indictment, a new complainant was added and other charges were amended or dropped. The conclusion to be drawn from what could have happened and did happen is that the process is a fluid one. The expectation is that both the police and the Crown will act according to their distinct roles in the process, investigating allegations of criminal behaviour, and assessing the public interest in prosecuting, respectively. The exercise of these roles does not seem to be clearly or predictably

particulièrement indiquées dans des cas mettant en jeu la protection de droits garantis par la *Charte* au cours d'une enquête, la situation des indicateurs dans les prisons et les affaires où la loi prescrit l'obtention du consentement du ministère public avant le dépôt d'accusations.

e) *L'incidence de l'approche adoptée par le juge du procès relativement aux considérations de principe*

Il est aussi important que le système de justice ne soit ni ne paraisse arbitraire. Le juge du procès a expliqué que la [TRADUCTION] « question cruciale » dont il était saisi était étroite : [TRADUCTION] « Elle porte en premier lieu sur la détermination du procureur de la Couronne à interroger les plaignantes avant le dépôt des accusations puis, en deuxième lieu, sur l'effet de ce processus sur le nombre et les types d'accusations qui ont finalement été portées » (par. 121). Mais le fait d'apprécier la validité de l'influence exercée par le ministère public sur la décision de porter des accusations en fonction du moment des entrevues dénote un certain arbitraire. En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'un abus avait eu lieu parce que le ministère public avait interrogé des plaignantes avant que des accusations soient portées. De ce constat, le juge du procès a inféré que cet élément avait anéanti l'objectivité du ministère public, et il en a déduit que, pour cette raison, un plus grand nombre d'accusations avaient été déposées que si le ministère public avait conservé son objectivité. Pourtant, si le ministère public avait attendu que des accusations soient portées avant d'interroger à nouveau les plaignantes qui avaient à l'origine refusé d'aller de l'avant, il lui aurait toujours été loisible de recommander à la police de déposer ces nouvelles accusations. La police aurait conservé son pouvoir discrétionnaire d'ajouter ces accusations en se fondant sur les conseils du ministère public. En fait, la modification apportée à la dénonciation le 30 mai a effectivement ajouté de nouvelles accusations concernant une nouvelle plaignante. Par ailleurs, dans la mise en accusation directe, une nouvelle plaignante est venue s'ajouter et d'autres accusations ont été modifiées ou retirées. De ce qui aurait pu se passer et de ce qui s'est effectivement passé se dégage la conclusion

altered by whether the formal act of the laying of charges has occurred.

qu'il s'agit d'un processus fluide. Tous s'attendent à ce que la police et le ministère public agissent conformément à leurs rôles respectifs dans le processus, la première procédant aux enquêtes sur des allégations de comportement criminel et la deuxième à l'appréciation de l'intérêt public à ce que des poursuites soient engagées. L'exercice de ces rôles ne semble pas modifié de façon claire ou prévisible du fait que des accusations aient déjà été officiellement déposées ou non.

88

The trial judge's more formalistic view might have negative policy consequences. MacDonald A.C.J. said: "The Crown emphasizes the fact that they always interview complainants post-charge in any event. . . . That, with respect, misses the point. The charging decision is crucial. It determines who the complainants will be" (para. 125). This approach, however, does not account for the fact, recognized by the expert witnesses, that in some cases, especially involving sexual assault, complainants may need information from the Crown to properly understand the process in order to decide whether to press charges. In the trial judge's scenario, this could never happen, because Crown counsel would only ever interview complainants who were already pressing charges.

La vision plus formaliste du juge du procès pourrait entraîner des conséquences négatives en matière de politique judiciaire. Le juge en chef adjoint MacDonald a écrit : [TRADUCTION] « Le ministère public souligne qu'il interroge toujours les plaignantes après le dépôt des accusations de toute façon [. . .] Avec égards, cette affirmation porte à faux. La décision de déposer des accusations est cruciale. Elle détermine qui seront les plaignantes » (par. 125). Cette façon de voir ne tient toutefois pas compte du fait, reconnu par les témoins experts, que les plaignantes peuvent avoir besoin, dans certains cas, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'agressions sexuelles, d'obtenir de l'information du ministère public pour bien comprendre le processus judiciaire afin de décider si elles entendent porter plainte. Dans l'hypothèse retenue par le juge du procès, cela ne pourrait jamais se produire puisque le procureur de la Couronne n'interrogerait que les plaignantes qui auraient déjà porté plainte.

89

There is another negative implication of arbitrarily drawing a hard line at the decision to lay charges. As Rand J. made clear in *Boucher, supra*, commitment to the case, belief in the allegations, and the desire to see justice done are not incompatible with objectivity and fairness. Objectivity requires that a rational assessment of facts be brought to bear in making decisions relating to the case. Awareness of one's strong feelings about a case can and should be kept in mind, as a check against tunnel vision. The danger with the trial judge's approach, that of drawing a bright line between pre- and post-charge interviews, is that it risks giving the false impression that remaining personally detached from complainants before charges are laid is the best (or the only necessary) effort to protect objectivity. So how does the

Le fait de tracer arbitrairement une ligne de démarcation très nette à l'étape de la décision de porter des accusations entraîne une autre conséquence négative. Comme le juge Rand l'a exposé clairement dans l'arrêt *Boucher*, précité, l'importance attachée à la poursuite, la foi dans les allégations et le désir que justice soit faite ne sont pas incompatibles avec l'objectivité et l'équité. L'objectivité commande que les décisions prises à l'égard d'une poursuite s'appuient sur une appréciation rationnelle des faits. Il est possible et nécessaire de prendre conscience des forts sentiments que l'on éprouve afin de se prémunir contre le risque d'une vision étroite. La méthode préconisée par le juge du procès, qui exige que soit tracée une ligne de démarcation très nette entre les entrevues antérieures et

Crown protect objectivity after the charge is laid? As all parties accept, objectivity and fairness is an ongoing responsibility of the Crown, at every stage of the process. The Court of Appeal, respondent and interveners point out that if subjectivity is the inevitable consequence of contact between the Crown and complainant, then even post-charge interviews are problematic because they would undermine Crown objectivity for every decision after these interviews have taken place.

Finally, the trial judge's concern about human nature must be addressed. The trial judge held that personal interaction in the form of interviews between the Crown and potential complainants inherently threatens the Crown's ability to be objective, because it is an inevitable fact of human nature that the Crown will become subjectively involved with the facts of the case. In the result, the trial judge found that a bright line should be drawn between pre- and post-charge interviews by the Crown. Yet he also ruled that pre-charge Crown interviews are quite proper for the limited purpose of charge screening, to spare the potential accused from the unnecessary embarrassment and harm to reputation that comes with a criminal charge. This begs the question, however, of how a Crown in such proper pre-charge interviews would be able to overcome the natural impulse to favour the complainants, in order to reach the objective conclusion to recommend against laying charges.

Summing up, the evidence shows that in some Canadian jurisdictions, pre-charge interviews by the

postérieures au dépôt des accusations, comporte un danger : elle risque de créer la fausse impression que le fait de demeurer détaché personnellement des plaignants avant le dépôt des accusations constitue le meilleur moyen (ou le seul moyen nécessaire) pour préserver l'objectivité. Comment le ministère public peut-il alors préserver son objectivité après le dépôt des accusations? Ainsi que le reconnaissent toutes les parties, l'obligation du ministère public de préserver son objectivité et son esprit d'équité représente un devoir continu qui lui incombe à toutes les étapes de la procédure. La Cour d'appel, l'intimée et les intervenants soulignent que, si la subjectivité représentait une conséquence inévitable du contact entre le ministère public et le plaignant, même les entrevues postérieures au dépôt des accusations sont problématiques, parce qu'elles risquent de miner l'objectivité du ministère public à l'égard de chaque décision prise après la tenue d'entrevues.

Il faut enfin répondre à la préoccupation exprimée par le juge du procès au sujet de la nature humaine. Le juge du procès a cru que l'interaction personnelle sous forme d'entrevues entre le ministère public et des plaignants potentiels menaçait fondamentalement la capacité du ministère public de demeurer objectif, parce qu'il serait inévitable, en raison de la nature humaine, que le ministère public en vienne à percevoir subjectivement les faits de l'espèce. Le juge du procès a donc estimé qu'il fallait tirer une ligne de démarcation très rigide entre les entrevues effectuées par le ministère public avant et après le dépôt des accusations. Il a toutefois aussi reconnu que les entrevues pré-*inculpation* effectuées par le ministère public se justifiaient totalement lorsqu'elles visent l'objectif très restreint de filtrer les accusations, pour éviter à l'accusé éventuel l'embarras inutile et l'atteinte à sa réputation qui découleraient d'une accusation criminelle. On peut toutefois se demander pourquoi, lors de telles entrevues pré-*inculpation* régulières, le procureur de la Couronne réussirait à dominer sa tendance naturelle à favoriser les plaignants, pour parvenir objectivement à la conclusion de recommander de ne pas déposer d'accusations.

En résumé, la preuve démontre que, dans certains ressorts canadiens, le recours à des entrevues

Crown are a regular, even common practice. In these jurisdictions at least, it appears that public policy is served by the practice, and potentially harmful and arbitrary results are avoided by the refusal to draw a hard line at the decision to lay charges, before which Crown counsel may not interview complainants. Viewed in this context, I cannot conclude that wide-ranging pre-charge Crown interviews, *per se*, are an abuse of process.

(f) *Police Conduct*

92 The trial judge found that the police were “clearly wrong” (para. 86) when they released Regan’s name as a suspect, well in advance of any charges. This was in contravention of the express policy of law enforcement agencies that the identity of suspects may be released only after charges have been laid. However, MacDonald A.C.J. added that this lapse was not done in bad faith, and the judge himself further indicated that this police error influenced his finding of abuse of process “to a lesser extent” (para. 132).

93 This policy was adopted, no doubt, to protect the privacy and other interests of individuals who are merely questioned about a crime, with nothing more. There is no question that such a policy is laudable, and a breach of it should not be condoned. However, other evidence on the record indicates that after this one misstep, the police exercised greater caution in preventing further information leaks until the process was truly public. For example, when the police delivered their investigation report to DPP Pearson, the letter included

a control sheet asking that all persons who have control or access to please sign and date, to establish continuity.

pré-inculpation effectuées par le ministère public constitue une pratique régulière, voire courante. Dans ces ressorts, à tout le moins, cette pratique semble bien servir l’ordre public et il est possible d’éviter des résultats potentiellement nuisibles et arbitraires en refusant de tirer une ligne de démarcation très nette correspondant à la décision de porter des accusations, avant laquelle le procureur de la Couronne ne pourrait interroger les plaignants. Dans ce contexte, je ne saurais conclure que les entrevues de portée étendue effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations constituent en elles-mêmes un abus de procédure.

f) *La conduite de la police*

Le juge du procès a conclu que la conduite de la police avait été [TRADUCTION] « clairement répréhensible » (par. 86), lorsqu’elle avait communiqué le nom de M. Regan comme suspect, bien avant le dépôt de toute accusation. Cette communication contrevenait à la politique expresse des organismes chargés de l’application de la loi n’autorisant la divulgation de l’identité des suspects qu’après le dépôt des accusations. Le juge en chef adjoint MacDonald a toutefois reconnu que cet écart de conduite n’était pas le fruit de la mauvaise foi et il a précisé que cette erreur de la police ne l’avait incité qu’[TRADUCTION] « à un moindre degré » (par. 132) à conclure à l’existence d’un abus de procédure.

Cette politique a sûrement été adoptée afin de protéger le droit à la vie privée et d’autres intérêts des personnes qui sont seulement interrogées au sujet d’un crime, sans plus. Une telle politique est assurément louable et on ne doit pas chercher à en excuser la violation. Toutefois, d’autres éléments de preuve versés au dossier montrent qu’après cet impair, la police a agi avec plus de circonspection afin de prévenir d’autres fuites jusqu’au moment où le processus est vraiment devenu public. Par exemple, lorsque la police a remis son rapport d’enquête au DPC Pearson, la lettre comprenait

[TRADUCTION] une liste de contrôle demandant à toutes les personnes qui en ont le contrôle ou y ont accès

Throughout this investigation, the media has been diligent and persistent in obtaining information and for this reason security must remain a priority. I have implemented controls within the R.C.M. Police to limit access. I have not allowed any R.C.M. Police documents, pertaining to this investigation, to be disseminated outside this Headquarters, Halifax Sub Division and the Task Force investigators. Therefore, I am now asking that the same restriction occur within your office and this information be carefully protected.

(Letter from Chief Superintendent Falkingham to DPP Pearson, May 19, 1994)

In addition, the police acceded to Regan's request to hold the arraignment outside Halifax, to try to avoid a media frenzy. In my view, this supports the finding of no bad faith.

I would add that following the dictum in *Blencoe*, the prejudice experienced by the appellant as a result of this early leak — humiliation and stress — cannot be attributed to this police error alone. This impact on Regan was a certainty no matter when his name was finally released in connection with these charges, and there is no question that there was sufficient evidence and subjective belief for the police to ultimately lay at least some of the charges. Furthermore, there is no evidence to suggest that the premature announcement had any effect on the separate question of whether the Crown properly proceeded with the charges. While the media may have been clamouring for information, it does not follow that this put pressure on the authorities to lay any particular number of charges, or any charges at all, for that matter.

For these reasons, I think the trial judge was correct in his finding that this police error either alone or in combination with the Crown conduct discussed above does not rise to the level of egregious abuse. The serious remedy of a stay of proceedings is not an appropriate method to

de bien vouloir la signer et la dater, afin d'établir la continuité. Pendant toute la durée de l'enquête, les médias ont cherché avec diligence et persistance à obtenir de l'information, et pour cette raison, la sécurité doit demeurer une priorité. J'ai mis en œuvre des contrôles au sein de la Gendarmerie afin d'en limiter l'accès. J'ai interdit que tout document de la Gendarmerie, portant sur la présente enquête, circule à l'extérieur de notre quartier général, de la subdivision de Halifax et du groupe de travail. Je demande donc que la même restriction s'applique au sein de votre bureau et que ces renseignements soient soigneusement protégés.

(Lettre du surintendant principal Falkingham au DPC Pearson, 19 mai 1994)

La police a en outre acquiescé à la demande formulée par M. Regan afin que l'interpellation ait lieu à l'extérieur de Halifax, dans un effort pour éviter une foire médiatique. À mon avis, cet élément vient appuyer la conclusion d'absence de mauvaise foi.

J'ajouterais également, à la lumière de la remarque incidente faite dans l'arrêt *Blencoe*, que le préjudice subi par l'appelant par suite de cette fuite prématurée — l'humiliation et le stress — ne peut être attribué exclusivement à cette erreur de la police. Cet effet devenait inévitable pour M. Regan, sans égard au moment où son nom a finalement été rendu public en rapport avec les accusations, et il ne fait aucun doute qu'il existait suffisamment d'éléments de preuve et de raisons d'y croire pour que la police dépose finalement au moins certaines des accusations. De plus, aucun élément de preuve ne laisse entendre que l'annonce prématurée ait eu quelque incidence sur la question distincte de savoir si le ministère public a agi de façon régulière en engageant des poursuites à l'égard des accusations. Les médias pouvaient fort bien réclamer de l'information à grands cris sans que ce facteur ne pousse nécessairement les autorités à porter un certain nombre d'accusations ou quelque accusation que ce soit.

Pour ces motifs, je crois que le juge du procès a conclu à bon droit que cette erreur de la police, considérée isolément, ou conjointement avec la conduite susmentionnée du ministère public, n'atteignait pas le niveau d'un abus flagrant. En raison de la gravité de ses conséquences, le remède de la

denounce or punish past police conduct of this nature.

(g) *Count 16*

96 This count involved a woman who alleged that when she was a 24-year-old political reporter, she was pushed onto a hotel room bed and groped during an interview with then-Premier Regan. At the time of DPP Pearson's assessment of the allegations, this complainant was only willing to be a similar fact witness. Pearson suggested that she be re-interviewed. After a re-interview with police and Crown, this witness decided to press charges.

97 The trial judge was "unsettled" by the laying of this charge because it was factually similar to the Alberta-based incident. From this, MacDonald A.C.J. concluded: "The Crown therefore felt it needed [to lay count 16] so that [the Alberta complainant's] 'story could be told'. . . . Yet the Crown's goal as I see it was to have the jury hear and (presumably act upon) the [complaint of the Alberta woman], a similar fact witness" (paras. 157-58).

98 The trial judge did, however, recognize the validity of count 16 in its own right: "I realize that the Crown nonetheless considers [count 16] to be worthy of prosecuting. Yet I do not find this to be their primary motive" (para. 159). The reason the Crown's motive was improper, in MacDonald A.C.J.'s view, was because of his finding of the Crown's loss of objectivity: "When the Crown interviews pre-charge a certain amount of objectivity is lost. The Crown's critical review of the charge list is gone. Perhaps if the Crown had not been so involved with interviewing witnesses pre-charge, they may have seen all this in a different light" (para. 160).

suspension des procédures ne représente pas une méthode appropriée pour dénoncer ou punir une conduite passée de cette nature de la part de la police.

g) *Le 16^e chef d'accusation*

Ce chef d'accusation provient d'une femme qui prétendait avoir été poussée sur un lit et caressée lascivement dans une chambre d'hôtel au cours d'une entrevue que lui aurait accordée M. Regan, qui était alors premier ministre, alors qu'elle était une jeune journaliste politique âgée de 24 ans. Au moment où le DPC Pearson a évalué les allégations, cette plaignante n'était disposée qu'à fournir une preuve de faits similaires. M^e Pearson a suggéré qu'elle soit réinterrogée. Après une nouvelle entrevue effectuée par la police et par le ministère public, ce témoin a décidé de porter plainte.

Le juge du procès s'est dit [TRADUCTION] « décontenancé » par le dépôt de cette accusation parce qu'elle portait sur des faits similaires à ceux de l'incident survenu en Alberta. Le juge en chef adjoint MacDonald en a conclu que [TRADUCTION] « [l]e ministère public a par conséquent jugé qu'il lui fallait [déposer le 16^e chef d'accusation] afin que "puisse être exposée l'histoire" [de la plaignante de l'Alberta] [. . .] Pourtant, le but du ministère public tel que je le perçois était de faire en sorte que le jury entende (pour vraisemblablement y donner suite) la [plainte de l'Albertaine], témoin de faits similaires » (par. 157-158).

Le juge du procès a toutefois reconnu la validité du 16^e chef d'accusation en soi : [TRADUCTION] « Je constate que le ministère public considère néanmoins que [le 16^e chef] justifie des poursuites. Pourtant, je ne crois pas que ce soit son motif principal » (par. 159). Selon le juge en chef adjoint MacDonald, le motif du ministère public était inapproprié parce que le ministère public avait perdu son objectivité : [TRADUCTION] « Lorsque le ministère public procède à des entrevues avant le dépôt des accusations, il perd une certaine part d'objectivité. Le ministère public ne porte plus de regard critique sur la liste des accusations. Peut-être que si les procureurs de la Couronne n'avaient pas participé aussi activement aux entrevues avec les témoins avant le dépôt des accusations, ils auraient envisagé toute l'affaire sous un autre angle » (par. 160).

As I have already discussed, I find that the trial judge's finding of a loss of Crown objectivity cannot be supported by the evidence. This erroneous reading of the facts influenced the holding on count 16. If the trial judge had not started from the premise that the Crown had lost its objectivity, there would have been no justification for the trial judge to find the similarity between count 16 and the Alberta incident as the primary motivation for count 16, virtually ignoring the reasonable and probable grounds for laying count 16 in its own right. Furthermore, as Cromwell J.A. observed, in other respects the trial judge held that there was no improper purpose or *mala fides* underlying the preferral of the direct indictment. The trial judge found a loss of Crown objectivity only at the first charging decision, nearly a year before the direct indictment. Moreover, Cromwell J.A. pointed out, "[t]here is nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and their impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges" (para. 140). For these reasons I find the trial judge erred in finding an abusive or improper purpose behind the laying of count 16.

(h) *Cumulative Effect of Police and Crown Conduct*

In assessing the cumulative effect of this evidence of Crown and police misconduct, the trial judge concluded that Crown Potts' objectivity was hopelessly lost, and her influence on the case set other well-meaning Crown counsel astray. The trial judge seemed reinforced in this decision because in addition to Potts' judge-shopping comment, he was troubled by "Ms. Potts' perplexing desire to interview all potential complainants" (para. 100).

Comme je l'ai mentionné plus tôt, j'estime que la preuve ne supporte pas la conclusion du juge du procès quant à la perte d'objectivité du ministère public. Cette appréciation erronée des faits a influencé sa décision au sujet du 16^e chef d'accusation. S'il n'avait pas retenu comme prémisse que le ministère public avait perdu son objectivité, le juge du procès n'aurait eu aucun motif pour conclure que la similarité entre le 16^e chef d'accusation et l'incident albertain représentait la raison principale du dépôt du 16^e chef d'accusation, tout en ignorant à toutes fins pratiques les motifs raisonnables et probables qui justifiaient en eux-mêmes la poursuite de déposer le 16^e chef. En outre, ainsi que l'a mentionné le juge Cromwell, le juge du procès a conclu sur d'autres points à l'absence de fin illégitime ou de mauvaise foi à l'origine de la décision de procéder par voie de mise en accusation directe. Le juge du procès n'a conclu à la perte d'objectivité du ministère public qu'au stade de la première décision de porter des accusations, soit presque un an avant la mise en accusation directe. De plus, ainsi que l'a souligné le juge Cromwell, [TRADUCTION] « [i]l n'y a rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité lorsqu'il décide de l'opportunité d'engager des poursuites » (par. 140). Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'une fin abusive ou répréhensible avait motivé le dépôt du 16^e chef d'accusation.

h) *L'effet cumulatif de la conduite de la police et du ministère public*

Lorsqu'il a apprécié l'effet cumulatif de cette preuve de la conduite répréhensible du ministère public et de la police, le juge du procès a estimé que la procureure Potts avait irrémédiablement perdu son objectivité, et que son influence sur l'affaire avait détourné d'autres procureurs bien intentionnés de la bonne voie. Le juge du procès semblait conforté dans sa décision par le doute que lui inspirait, outre le commentaire de M^e Potts sur la recherche d'un juge accommodant, le [TRADUCTION] « désir difficile à comprendre qu'avait M^e Potts d'interroger toutes les plaignantes potentielles » (par. 100).

101 On close review of the evidence, however, the Crown's intention to re-interview complainants does not seem perplexing at all. Police were of the opinion that a pattern of criminal behaviour emerged from a view of the full picture of the allegations. They disagreed with DPP Pearson's recommendation to lay charges in respect of only four complainants. Police were urging further review and Crown Potts undertook to read the voluminous, detailed investigation reports (which ultimately took her some six months).

102 In the course of that review, Crown Potts indicated that re-interviews would be appropriate, according to notes taken by Staff Sergeant Fraser: "Reports being reviewed by Potts. Interested in meeting with victims" (Fraser notes, August 17 and 18, 1994, Respondent's Record, at p. 501; see also Investigation Report, August 22, 1994, Respondent's Record, at p. 498). These re-interviews were done after DPP Pearson had already advised that the case which proceeded would be strengthened if the unwilling complainants with the more recent allegations would change their mind and come forward. Furthermore, DPP Pearson specifically recommended that six of the unwilling complainants should be interviewed, albeit by police. The police attended with the Crown at these re-interviews and appeared to agree that the joint interviews should be done: "It is now the investigators and the Crown's belief that if these persons could be re-interviewed with both the Crown Prosecutor and police investigator present there would be a greater chance of them changing their minds" (Police Transit Slip, January 17, 1995, Appellant's Record, at p. 1084). Finally, the expert testimony of Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins and Philip Stenning indicated that in a case such as this, it would be very likely that in other provinces, some Crown counsel would interview complainants pre-charge: the allegations of sexual assault were historic, the alleged victims were young at the time of the incidents, the alleged perpetrator was high profile and the case was made further controversial by the involvement of the suspect's political enemy. In this context, I fail to see why a thorough re-interview of

Toutefois, après un examen approfondi de la preuve, l'intention du ministère public de réinterroger les plaignantes ne paraît pas du tout difficile à comprendre. Les agents de police estimaient qu'un modèle de comportement criminel se dégageait du tableau complet des allégations. Ils n'approuvaient pas la recommandation du DPC Pearson de ne porter des accusations qu'à l'égard de quatre plaignantes. Les agents de police préconisaient un examen plus approfondi et la procureure Potts a entrepris de lire des rapports d'enquête volumineux et détaillés (tâche à laquelle elle a consacré quelque six mois en tout).

Au cours de cet examen, la procureure Potts a indiqué qu'il convenait de procéder à de nouvelles entrevues, selon les notes prises par le sergent d'état-major Fraser : [TRADUCTION] « Examen des rapports par M^e Potts. Intéressée à rencontrer les victimes » (notes de M. Fraser, 17 et 18 août 1994, dossier de l'intimée, p. 501; voir également le Rapport d'enquête, 22 août 1994, dossier de l'intimée, p. 498). Ces nouvelles entrevues ont été effectuées après que le DPC Pearson eut écrit dans son avis que la poursuite serait renforcée si les plaignantes réticentes à formuler les allégations les plus récentes changeaient d'idée et décidaient d'aller de l'avant. Le DPC Pearson avait en outre recommandé expressément que six des plaignantes réticentes soient interrogées, mais par la police. La police a mené ces nouvelles entrevues avec le ministère public et a semblé convenir qu'il y avait lieu d'y procéder conjointement : [TRADUCTION] « Les enquêteurs et le ministère public croient maintenant que si ces personnes pouvaient être réinterrogées en présence à la fois du procureur de la Couronne et de la police, les chances qu'elles changent d'idée seraient bien meilleures » (fiche de service de la police, 17 janvier 1995, dossier de l'appellant, p. 1084). Enfin, le témoignage d'expert de Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins et Philip Stenning a établi que dans un cas semblable, dans d'autres provinces, le procureur de la Couronne interrogerait très probablement les plaignantes avant le dépôt d'accusations : les agressions sexuelles alléguées remontaient à très longtemps, les prétendues victimes étaient jeunes au moment des incidents, l'auteur prétendu des agressions était une personne

complainants by the Crown was perplexing, where the Crown would have wanted to assess first-hand the possible charges versus similar fact evidence, and to ensure that complainants fully understood the judicial process before deciding whether to press charges.

From this process, the trial judge seemed to infer that the appellant ended up facing more charges than he otherwise would have. Yet I do not see how re-interviewing the complainants for whom DPP Pearson had already recommended charges could have led to more charges in those cases. In the case of the unwilling and similar fact complainants, Pearson had made no charging recommendation. He did, however, generally recommend that some witnesses be re-approached, and that more recent allegations would strengthen the overall case. As some of these complainants decided to press charges, I do not understand why it was inappropriate to reassess the other cases, even where Pearson had initially recommended against laying charges. And of course, during this process, five new complainants surfaced. It is not known to what extent their allegations cast a new light or raised new questions in relation to the earlier list of complainants. In the end, it appears to me that the police had virtually made their charging decision — they wanted to lay charges in respect of the complete picture. The Crown's interviews appear to have provided a basis on which to make their own charging decision — which was also based on an assessment of the full, revised picture. The re-interviews were done to promote many of the policy reasons discussed above: to fully inform potential complainants of the process, to assess their evidence and credibility, for efficiency in the administration of justice, and for the sake of the appearance of decisive action, taken in an already highly public and controversial case. Finally, as the Pearson charging recommendation was clearly preliminary, it is impossible to know whether, as a result of the

en vue et l'affaire était encore plus controversée du fait de la participation d'un ennemi politique du suspect. Dans ce contexte, je ne vois pas pourquoi une nouvelle entrevue approfondie effectuée auprès des plaignantes par le ministère public était difficile à comprendre. Le ministère public entendait probablement évaluer directement les accusations possibles en regard de la preuve de faits similaires et s'assurer que les plaignantes comprenaient entièrement le processus judiciaire avant de décider s'il convenait de porter des accusations.

Le juge du procès a semblé inférer, à partir de ce processus, que l'appelant devait répondre à un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été retenues autrement. Pourtant, je ne saisis pas en quoi le fait d'interroger de nouveau les plaignantes à l'égard desquelles le DPC Pearson avait déjà recommandé qu'on dépose des accusations a pu influencer sur la décision d'intenter des poursuites dans ces affaires. Dans le cas des plaignantes réticentes à témoigner et capables d'offrir une preuve de faits similaires, M^e Pearson n'avait pas suggéré le dépôt d'accusations, Il avait toutefois suggéré, de façon générale, qu'on entre de nouveau en communication avec certains témoins et s'était dit d'avis que des allégations plus récentes renforceraient la poursuite dans son ensemble. Comme certaines de ces plaignantes ont décidé de porter plainte, je ne comprends pas pourquoi il était répréhensible de réévaluer les autres cas, même si M^e Pearson avait à l'origine recommandé qu'on ne porte pas d'accusations. Et, bien sûr, au cours de ce processus, cinq nouvelles plaignantes sont sorties de l'ombre. On ne sait pas dans quelle mesure leurs allégations ont fait ressortir l'affaire sous un jour nouveau ou soulevé de nouvelles questions par rapport à l'ancienne liste de plaignantes. En définitive, il me semble que la police avait pratiquement arrêté sa décision de porter des accusations — elle voulait porter des accusations relativement à l'ensemble du tableau. Les entrevues effectuées par le ministère public semblent lui avoir fourni la base sur laquelle fonder sa propre décision relativement aux accusations — laquelle était aussi fondée sur une appréciation du tableau complet, révisé, des incidents. Les nouvelles entrevues ont été effectuées afin de promouvoir nombre des objectifs de politique judiciaire déjà mentionnés : informer de façon complète les plaignantes sur le processus,

Crown interviews, the appellant ended up facing more charges.

apprécier leur témoignage et leur crédibilité, accroître l'efficacité dans l'administration de la justice et montrer que des mesures concrètes étaient prises, dans une affaire d'un caractère déjà très public et controversé. Enfin, comme la recommandation de M^e Pearson sur le dépôt d'accusations n'avait manifestement qu'un caractère préliminaire, il est impossible de déterminer si, par suite des entrevues effectuées par le ministère public, l'appelant a finalement dû répondre à un plus grand nombre d'accusations.

104

In summary, it is my view that there was no abuse of process in this case. The pre-charge interviews were done in accordance with the common practice of some other provinces, a practice more wide-ranging than the narrow, exceptional to rare practice the trial judge described. Furthermore, the Crown conducted an understandable review of the potential witnesses, in the wake of an early recommendation by DPP Pearson that was not determinative. Given the uncertainty of the charges at that point, it could not be known whether the re-interviews led to more charges than would otherwise have been laid. I conclude that, based on the evidence of judge shopping, pre-charge Crown interviews, the improper police announcement, and the addition of count 16 in the direct indictment, the cumulative effect of these actions, while troubling in some respects, does not rise to the level of abuse of process which is egregious, vexatious, oppressive or which would offend the community's sense of decency and fair play. Moreover, this conduct, even if it did amount to an abuse, did not have an ongoing effect on the accused, which would jeopardize the fairness of his trial. On that basis, I must now turn to the central issue decided by the Court of Appeal, namely the decision to lift the stay of proceedings ordered by the trial judge.

2. Stay of Proceedings

105

Having found an abuse of process under s. 7 of the *Charter* but ruled that it would not affect trial

En résumé, j'estime qu'il n'y a pas eu abus de procédure en l'espèce. Les entrevues effectuées avant le dépôt des accusations se sont déroulées conformément à la pratique courante dans certaines autres provinces, pratique de portée plus étendue que celle étroite, exceptionnelle et rare que le juge du procès a décrite. De plus, le ministère public a procédé à une évaluation, facile à expliquer, des témoins potentiels, à la suite d'une recommandation antérieure du DPC Pearson qui n'était pas déterminante. Comme les accusations n'étaient pas arrêtées de façon certaine à ce moment, il était impossible de savoir si les nouvelles entrevues ont entraîné le dépôt d'un plus grand nombre d'accusations que celles qui auraient été portées autrement. Compte tenu de la preuve de la recherche d'un juge accommodant, des entrevues effectuées par le ministère public avant le dépôt des accusations, de la divulgation irrégulière de la police et de l'ajout du 16^e chef d'accusation lors de la mise en accusation directe, je conclus que l'effet cumulatif de ces actes, bien que préoccupant à certains égards, n'atteint pas le niveau d'un abus de procédure flagrant, oppressif et vexatoire ou qui heurterait le sens de l'équité et du franc-jeu de la société. De plus, même si elle constituait un abus, cette conduite n'a pas eu, sur l'accusé, cet effet persistant qui compromettrait l'équité du procès. Cela dit, j'aborderai maintenant la question centrale tranchée par la Cour d'appel, soit sa décision d'annuler la suspension des procédures ordonnée par le juge du procès.

2. La suspension des procédures

Le juge du procès a conclu à l'existence d'un abus de procédure interdit par l'art. 7 de la *Charte*,

fairness, the trial judge recognized this put the case in the narrow residual category of abuse where a stay may be granted only in exceptional cases. However, the trial judge misconceived the governing test for a stay of proceedings as outlined in *Tobiass*. At this stage of the analysis, instead of inquiring into whether the abuse would be manifested, perpetuated or aggravated by ongoing proceedings, and then inquiring into whether any remedy other than a stay could cure this ongoing taint, the trial judge focussed his attention only on the final balancing exercise (at paras. 58-59):

This balancing act, so common to almost everything we do as judges, will play a significant role in my analysis in the case at bar.

In summary, to justify a stay I must ask myself: Are the alleged wrongdoings so unfair to the applicant or so offensive to society so as to render a stay the only reasonable remedy? Is this one of those “*clearest of cases*” or, on the other hand, are there societal interests compelling enough to tip the scales in favour of proceeding? [Emphasis in original.]

This error was further emphasized when the judge turned his mind to the facts of the abuse of process, as he saw them (at para. 133):

... the cumulative effect of these actions would not shock the community’s sense of fair play and decency so as to warrant a stay of all charges outright. It is not one of those “*clearest of cases*” that demands a global stay. Some of these charges involve very serious allegations that by their very nature present a strong societal interest to have prosecuted through a full and fair hearing. As was explained in *Tobiass*, *supra*, I find that this “*compelling societal interest . . . tips the scales in favour of proceeding*” with at least some of these charges. [Emphasis in original.]

There was no discussion in the trial judge’s reasons of any ongoing impact of the abuse he found. As discussed earlier, the embarrassment to the

mais il a jugé que cet abus n’avait pas d’incidence sur l’équité du procès. Il a reconnu que, de ce fait, l’affaire appartenait à la catégorie résiduelle étroite d’abus de procédure, qui ne peut entraîner une suspension des procédures que dans des cas exceptionnels. Le juge du procès a toutefois mal interprété le critère principal régissant les abus de procédure, qu’a énoncé l’arrêt *Tobiass*. À cette étape de l’analyse, plutôt que de se demander si l’abus serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite des procédures, puis si une autre réparation que la suspension pouvait faire disparaître ce préjudice persistant, le juge du procès a concentré son attention uniquement sur l’opération finale de mise en équilibre des intérêts (aux par. 58-59) :

[TRADUCTION] Cette démarche de mise en balance, si commune à presque toutes les tâches que nous accomplissons en qualité de juges, jouera un rôle important dans mon analyse en l’espèce.

En résumé, pour justifier une suspension, je dois me poser les questions suivantes : les actes fautifs allégués sont-ils à ce point injustes pour le requérant ou offensants pour la société qu’une suspension constitue la seule réparation raisonnable? S’agit-il en l’espèce de l’un des « *cas les plus manifestes* » ou, d’autre part, existe-t-il des intérêts de la société suffisamment irrésistibles pour faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures? [En italique dans l’original.]

Cette erreur s’est accentuée lorsque le juge a examiné les faits qui constituaient l’abus de procédure, selon sa vision des choses (au par. 133) :

[TRADUCTION] . . . l’effet cumulatif de ces actions ne choquerait pas le sens du franc-jeu et de la décence de la société au point de justifier la suspension complète de toutes les accusations. Il ne s’agit pas de l’un des « *cas les plus manifestes* » qui commandent une suspension globale. Certaines de ces accusations impliquent des allégations très graves dont la nature fait que la société a un intérêt pressant à ce qu’elles soient tranchées dans le cadre d’un procès juste et équitable. Pour reprendre l’explication donnée dans l’arrêt *Tobiass*, précité, je juge que cet « *intérêt irrésistible de la société* [. . .] fait pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures » relativement à au moins certaines de ces accusations. [En italique dans l’original.]

Les motifs du juge du procès n’ont pas abordé l’effet persistant de l’abus dont il a constaté l’existence. Tel qu’il a été mentionné plus haut,

106

107

appellant of the premature police announcement was overtaken by the charges which would have been laid in any event. Therefore there was no continuing prejudice from this misconduct. One must also remember that the humiliation flowing from properly laid charges, while unpleasant, is not an abuse of process. As for the trial judge's concern for loss of Crown objectivity, there was no evidence that this was in any way affected by the police misbehaviour. It was also discussed above that the evidence cannot support the inference that Crown pre-interviews or any loss of Crown objectivity inevitably led to the appellant facing more charges. It should be noted that DPP Pearson and the police had expressed a desire to re-interview all but three of the complainants, and that, since then, these three never pressed any charges. Therefore this conduct, even if abusive, cannot be said to be manifested or perpetuated if the process continues. The judge-shopping comment was restricted to one Crown counsel, on one occasion, without further action. In addition, that Crown counsel has long since left the prosecution of this case. Finally, there was simply nothing improper about the inclusion of count 16 in the direct indictment. To speak of ongoing abuse where none was ever apparent makes no sense. All told, even if this conduct did amount to abuse, it falls at the low end of the spectrum of seriousness, and is not significant enough that proceeding in its wake would, in and of itself, shock the community's sense of fairness and decency.

l'embarras causé à l'appellant par l'annonce prématurée de l'enquête a fait place à celui que causait désormais le dépôt d'accusations qui auraient été portées de toute façon. Par conséquent, cette conduite répréhensible n'a causé aucun préjudice persistant. Il faut aussi se rappeler que l'humiliation causée par des accusations portées légitimement, si désagréable qu'elle soit, ne constitue pas un abus de procédure. Quant à la préoccupation du juge du procès au sujet de la perte d'objectivité du ministère public, aucun élément de preuve n'établit que le comportement répréhensible de la police aurait eu un effet quelconque à cet égard. Nous avons déjà vu que la preuve ne peut appuyer l'inférence que les entrevues pré-inculpation effectuées par le ministère public ou une perte d'objectivité du ministère public ont inévitablement provoqué une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'accusé. Il faut souligner que le DPC Pearson et la police avaient exprimé le désir d'interroger à nouveau toutes les plaignantes sauf trois et que, depuis, ces trois plaignantes n'ont jamais porté plainte. Par conséquent, nul ne peut soutenir que cette conduite, même si elle était abusive, se manifesterait ou se perpétuerait si la procédure se poursuivait. Le commentaire au sujet de la recherche d'un juge plus accommodant ne visait qu'une procureure de la Couronne, à une occasion, sans qu'il lui ait été donné suite. De plus, cette procureure de la Couronne s'était retirée depuis longtemps de la poursuite de l'espèce. Enfin, on ne retrouvait tout simplement rien d'irrégulier dans l'inclusion du 16^e chef d'accusation lors de la mise en accusation directe. Parler d'abus persistant lorsqu'on n'a pu en constater aucun n'a guère de sens. Tout compte fait, même si cette conduite constituait un abus, celui-ci se situerait au bas de l'échelle des degrés de gravité et ne serait pas important au point qu'une procédure engagée dans son sillage puisse, en soi, choquer le sens de l'équité et de la décence de la société.

108 Thus, the trial judge fell into error when he ordered the ultimate remedy of a partial stay of a number of charges. The abuse that was found by the trial judge could be and was addressed by remedies other than a stay. Crown Potts was removed

Le juge du procès a donc commis une erreur en accordant la réparation ultime que constitue la suspension partielle de plusieurs accusations. L'abus décelé par le juge du procès pouvait être corrigé par des réparations autres que la suspension des procédures,

from the prosecution. A Crown not involved with the earlier stages of the case became lead counsel for the prosecution. The police instituted strict measures to maintain confidentiality of the investigation. And ultimately, there was a detailed review of the charges, signed by a new Director of Public Prosecutions when the direct indictment was preferred.

(a) *The Direct Indictment*

For the purposes of assessing any ongoing or lingering effects of the abuse of process found by the trial judge, the majority of the Court of Appeal relied heavily on the direct indictment as evidence of a fresh, objective review of the charges. Cromwell J.A. noted that the trial judge's finding of abuse was at "the charging stage", that is, when the information was sworn on May 30, 1995. The trial judge also found no impropriety in the Crown's decision to prefer the direct indictment. Cromwell J.A. therefore reasoned that even if Crown Potts' involvement in the process, and more generally the Crown's participation in pre-charge interviews, had tainted the process, by the time of the direct indictment, Crown Potts was no longer on the case, and the direct indictment itself amounted to a remedy which cleansed any earlier abuse.

Section 577 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires that the Attorney General or his or her Deputy give personal consent in writing to prefer a direct indictment. It is predictable that there will be variation from office to office and province to province on the actual procedure involved to meet this requirement. I think it is fair to assume, however, that the case at bar would not have been treated as any garden variety, *pro forma* approval of a direct indictment. As Freeman J.A. (dissenting) pointed out, from the outset, this prosecution had been "extraordinary and controversial" (para. 4) as a result of "[t]he prominence of the

et c'est ce qui a été fait. La procureure Potts a été retirée de la poursuite. Un procureur qui n'avait pas participé aux premières étapes de l'instance a été affecté à la poursuite en qualité d'avocat principal. La police a mis en œuvre des mesures strictes pour protéger la confidentialité de l'enquête. Enfin, les accusations ont fait l'objet d'une révision détaillée, signée par un nouveau directeur des poursuites criminelles lors de la mise en accusation directe.

a) *La mise en accusation directe*

Pour évaluer si l'abus de procédure constaté par le juge du procès entraînait des effets susceptibles de se perpétuer ou de subsister, la Cour d'appel, à la majorité, s'est en grande partie fondée sur la mise en accusation directe comme preuve d'un nouvel examen objectif des accusations. Le juge Cromwell a relevé que l'abus de procédure décelé par le juge du procès se situait à [TRADUCTION] « l'étape de l'inculpation », c'est-à-dire au moment où la dénonciation a été faite sous serment, le 30 mai 1995. Le juge du procès n'avait, lui non plus, décelé aucune irrégularité dans la décision du ministère public de procéder par voie de mise en accusation directe. Le juge Cromwell en a donc conclu que même si la participation de la procureure Potts à la procédure d'investigation, et plus généralement la participation du ministère public aux entrevues pré-inculpation, avaient entaché le processus judiciaire, à la date de la mise en accusation directe, la procureure Potts n'était plus affectée à l'affaire et la mise en accusation directe constituait en soi une réparation qui corrigeait tout abus antérieur.

L'article 577 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que le procureur général ou le sous-procureur général donne son consentement personnel écrit pour qu'un acte d'accusation puisse être présenté. L'existence d'une certaine diversité d'un bureau à un autre et d'une province à une autre dans la procédure concrète appliquée pour satisfaire à cette obligation est prévisible. Je pense toutefois que l'on peut présumer à bon droit que la présente affaire n'a pas été traitée pour la forme, comme un cas banal de mise en accusation directe. Comme l'a souligné le juge Freeman dans ses motifs de dissidence, cette poursuite avait d'entrée de jeu un

109

110

accused and the high level of media interest in the case” (para. 5).

caractère [TRADUCTION] « extraordinaire et controversé » (par. 4) parce que [TRADUCTION] « [I]’ accusé était une personne en vue et que les médias portaient un très grand intérêt à l’affaire » (par. 5).

111 Not only would this sensitive context likely have drawn the close attention of the Attorney General of Nova Scotia (or his or her delegate), but there is direct evidence that the Crown paid close attention to the actual charges contained in the direct indictment. First, one complainant listed on the May 30, 1995 information was completely dropped from the direct indictment. Second, one count under s. 138(2) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, was dropped from the charges in relation to a second complainant. Third, a count in relation to an entirely new complainant was added to the direct indictment. Furthermore, these changes were ultimately approved by Jerry Pitzul, a new Director of Public Prosecutions, who was not involved in the Pearson review, and was not the acting DPP immediately after Pearson left the post.

Non seulement il est probable que ce contexte délicat a attiré l’attention minutieuse du procureur général de la Nouvelle-Écosse (ou de son délégué), mais une preuve directe établit que le ministère public a examiné minutieusement les accusations contenues dans la mise en accusation directe. En premier lieu, une plaignante dont le nom figurait sur la dénonciation du 30 mai 1995 a été complètement exclue de la mise en accusation directe. En deuxième lieu, un chef d’accusation en vertu du par. 138(2) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, a été retiré des accusations portées à l’égard d’une deuxième plaignante. En troisième lieu, un chef se rapportant à une toute nouvelle plaignante a été ajouté à la mise en accusation directe. De plus, ces modifications ont reçu l’approbation finale de Jerry Pitzul, nouveau directeur des poursuites criminelles, qui n’avait pas participé à l’examen effectué par M^e Pearson ni occupé ce poste par intérim immédiatement après le départ de ce dernier.

112 Finally, there is evidence of objectivity at the stage when the Crown was preparing the direct indictment. Two witnesses were interviewed by the Crown a second time in April 1997. In one case, the woman was included as an unwilling witness on the original list that went to DPP Pearson. At this final meeting, she expressed an interest in pressing charges against Regan, but the Crown decided not to include her in the direct indictment. In the other case, the woman had come forward after the Pearson recommendation with another, similar allegation against the accused. At that time, and at the time of the direct indictment, she was unwilling to get involved in the proceedings, and no charge was laid.

Enfin, des éléments de preuve confirment l’existence de l’objectivité requise à l’étape de la préparation de la mise en accusation directe par le ministère public. Deux témoins ont été interrogés par le ministère public une deuxième fois en avril 1997. Dans un cas, la plaignante avait été incluse comme témoin réticente sur la liste originale qui avait été soumise au DPC Pearson. Au cours de cette dernière rencontre, elle s’est dite intéressée à porter plainte contre M. Regan, mais le ministère public a décidé de ne pas l’inclure dans la mise en accusation directe. Dans l’autre cas, la plaignante s’était manifestée après la recommandation de M^e Pearson avec une autre allégation, similaire, contre l’accusé. À ce moment, comme lors de la mise en accusation directe, elle ne voulait pas prendre part aux procédures, et aucune accusation n’a été portée.

(b) *Balancing a Stay Against Proceeding to Trial*

b) *Mise en balance d’une suspension et de la poursuite de l’instance*

113 Even if one assumes that by applying the proper test the trial judge had found an ongoing abuse

Même dans l’hypothèse où le juge du procès, en appliquant le critère qui convenait, aurait

which could only be remedied by a stay, the cumulative effect of the abuse still left some question about whether this was one of those clearest of cases warranting a stay. Indeed, that prompted the trial judge's charge-by-charge balancing analysis. Yet in his balancing analysis, the trial judge omitted some significant issues relevant to the public interest.

The trial judge "afforded significant deference" (para. 141) to the Pearson charging recommendation when reaching his conclusion about staying half of the total charges. In fact, the decision to proceed with charges relating to only four complainants directly reflected DPP Pearson's advice. The trial judge explained that he was so highly influenced by Pearson's position because "the Crown should not be seen to significantly change its position without valid reason" (para. 135). The trial judge, however, did not seem to consider the inconclusive nature of the Pearson recommendation. First, the Pearson letter advised that the case would be strengthened if more complainants with more recent allegations were willing to come forward. Second, the Pearson letter specifically recommended that four complainants be re-interviewed. Police did re-interview those women, and others, accompanied by a Crown counsel. As a result, more women came forward, willing to lay charges. This constituted a valid reason to alter the original opinion regarding charges. Finally, the letter indicated that it was entirely within police discretion to accept or ignore the Pearson recommendation, and it was also open to the Crown to reconsider which charges to proceed with, following the police charging decision. These qualifications all signify a Crown recommendation which anticipated the possibility of change — not one which was etched in stone. As a result of new complainants surfacing, of further interviews, and ongoing consideration of the charges by both police and the Crown, a charging decision was made which included the Pearson recommendation as well as additional charges. There was no reason to assume that the Pearson view of the

conclu à l'existence d'un abus persistant qui ne pourrait être corrigé que par une suspension des procédures, l'examen de l'effet cumulatif de l'abus laissait encore en suspens la question de savoir s'il s'agissait bien d'un des cas les plus manifestes justifiant une suspension. C'est, en fait, ce qui a incité le juge à procéder à une mise en balance des intérêts pertinents, particulière à chaque accusation. Néanmoins, dans cette mise en équilibre des intérêts, le juge du procès a omis certains facteurs pertinents à l'égard de l'intérêt public.

Le juge du procès a [TRADUCTION] « traité avec une grande retenue » (par. 141) la recommandation de M^e Pearson concernant l'inculpation lorsqu'il a décidé de suspendre la poursuite à l'égard de la moitié des chefs d'accusation. En fait, sa décision de laisser la poursuite suivre son cours à l'égard des chefs d'accusation liés à quatre plaignantes seulement reflétait directement l'avis du DPC Pearson. Pour expliquer l'influence de la recommandation de M^e Pearson sur sa décision, le juge du procès a invoqué le principe selon lequel [TRADUCTION] « le ministère public ne devrait pas pouvoir changer sa position de façon importante sans raison valable » (par. 135). Le juge du procès ne semble toutefois pas s'être soucié du fait que la recommandation de M^e Pearson n'était pas décisive. En premier lieu, la lettre de M^e Pearson précisait que la poursuite serait renforcée si un plus grand nombre de plaignantes, auteurs d'allégations plus récentes, étaient disposées à agir. En deuxième lieu, la lettre de M^e Pearson recommandait expressément que quatre autres plaignantes soient réinterrogées. La police a interrogé de nouveau ces plaignantes, de même que d'autres plaignantes, en compagnie d'un procureur de la Couronne. En conséquence, un nombre accru de femmes se sont déclarées disposées à porter plainte. Il existait donc une raison valable de modifier l'opinion initiale concernant l'inculpation. Enfin, la lettre indiquait que la police demeurait totalement libre d'accepter ou d'écarter la recommandation de M^e Pearson, et que le ministère public conservait tout son pouvoir discrétionnaire de réexaminer les accusations à l'égard desquelles des poursuites devraient être engagées, à la suite de la décision de la police concernant l'inculpation. Ces réserves indiquent qu'on s'attendait à ce que la recommandation du

matter was the Crown's final or most appropriate view.

ministère public puisse être modifiée — et non à ce qu'elle demeure immuable. Après l'arrivée de nouvelles plaignantes, la tenue de nouvelles entrevues et l'examen continu des chefs d'accusation à la fois par la police et par le ministère public, une nouvelle décision a été prise quant à l'inculpation, laquelle englobait la recommandation de M^e Pearson ainsi que des accusations additionnelles. Rien ne permet de présumer que la perception de M^e Pearson sur la question constituait le point de vue final ou le plus juste du ministère public.

115

The trial judge's differentiation between the charges he stayed and those he did not also reflected DPP Pearson's view of the "seriousness" of the alleged offences. As discussed above, the Pearson view emphasized physical invasiveness and overlooked the complainants' age, and their socially subordinate and relatively powerless positions in relation to the accused. The Pearson view also reflected the notion of social acceptance (as opposed to illegality) of the alleged crimes some 30 to 40 years ago. Charges brought before a modern court should not be trapped in a social time warp. Once it is determined that past behaviour was an apparent violation of the contemporary law, then the benefit of current social mores should be brought to bear in assessing the advisability of pursuing charges. This approach is especially significant when sexual assault charges are at issue. This Court has recognized the disadvantage that women victims have suffered as a result of stereotypes in society and the justice system. (See, for example, *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *O'Connor*, *supra*; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Darrach*, [2000] 2 S.C.R. 443, 2000 SCC 46.) Without revisiting the thoughtful consideration of those judgments in the current case, it suffices to say that those gains would amount to nothing if modern charges of sexual assault for historic acts are viewed with blinkers and through a looking glass that sees an old stereotypic view rather than an enlightened one. It is not for this Court to judge the Crown's assessment of social interests in proceeding with historic sexual assault charges. It is, however, appropriate for this Court to review lower court decisions according to the standards of modern jurisprudence. Furthermore,

La distinction établie par le juge du procès entre les accusations qu'il a suspendues et celles qu'il a maintenues s'inspirait aussi de l'appréciation, par le DPC Pearson, de la « gravité » des infractions reprochées. Tel que mentionné plus haut, l'opinion de M^e Pearson mettait l'accent sur l'atteinte à l'intégrité physique et ne tenait pas compte de l'âge des plaignantes, ni de leur position sociale de subordination et d'impuissance relative par rapport à celle de l'accusé. Le point de vue de M^e Pearson reflétait aussi la notion de l'acceptabilité sociale (par opposition à l'illégalité) des crimes reprochés quelque 30 ou 40 ans plus tôt. Les accusations portées devant un tribunal moderne ne devraient pas être figées dans les perceptions sociales du passé. Dès qu'il est établi qu'un comportement passé constituait une violation apparente de la loi contemporaine, l'éclairage des mœurs sociales courantes devrait acquérir un certain poids dans l'appréciation de l'opportunité d'engager des poursuites. Cette façon de voir revêt une importance particulière dans le cas des accusations d'agression sexuelle. Notre Cour a reconnu les désavantages que subissent les femmes victimes en raison des stéréotypes véhiculés dans la société et dans le système de justice. (Voir, par exemple, *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *O'Connor*, précité; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46.) Sans reprendre un examen approfondi de ces jugements en l'espèce, il suffit de rappeler que ces gains ne signifieront pas grand-chose si les accusations d'agression sexuelle déposées aujourd'hui relativement à des actes criminels anciens sont examinées avec des œillères, à travers le prisme d'une vision désuète et stéréotypée plutôt qu'à l'aide d'un regard neuf et éclairé.

when exercising their discretion to grant a stay, courts are bound to consider all significant factors, a requirement by which the Crown is not bound when making its charging decisions. It was not sufficient for the trial judge to merely follow the course set by DPP Pearson.

There are many societal interests engaged by this case, which the trial judge failed to factor into the balance. Victims of sexual assault must be encouraged to trust the system and bring allegations to light. As the police saw it, there is evidence of a pattern of an assailant sexually attacking young girls and women who were in a subordinate power relationship with the accused, in some cases bordering on a relationship of trust. When viewed in this light, the charges are very serious and society has a strong interest in having the matter adjudicated, in order to convey the message that if such assaults are committed they will not be tolerated, and that young women must be protected from such abuse. In omitting to consider any of these issues which favour proceeding with charges, the trial judge's discretion was not fully exercised and therefore cannot stand.

D. *Standard of Review*

The decision to grant a stay is a discretionary one, which should not be lightly interfered with: "an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice" (*Tobiass, supra*, at para. 87; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375). Furthermore, where a trial judge exercises her or his discretion, that decision

Il n'appartient pas à notre Cour de juger de l'appréciation par le ministère public des intérêts de la société à ce que des poursuites soient engagées à l'égard d'accusations d'agression sexuelle anciennes. Notre Cour peut toutefois contrôler les décisions des tribunaux d'instance inférieure en fonction des normes de la jurisprudence moderne. De plus, lorsqu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures, les tribunaux doivent tenir compte de tous les facteurs importants, obligation à laquelle le ministère n'est pas tenu lorsqu'il prend la décision de porter des accusations. Le juge du procès ne pouvait donc se contenter de suivre la démarche établie par le DPC Pearson.

En l'espèce, le juge du procès a omis de mettre en balance de nombreux intérêts de la société qui se trouvaient pourtant engagés. Les victimes d'agression sexuelle doivent être encouragées à faire confiance au système et à porter plainte. La police a décelé dans la preuve la tendance d'un agresseur sexuel à s'attaquer à de jeunes filles et à de jeunes femmes qui se trouvaient dans une position de subordination face à l'accusé, voire, dans certains cas, à la limite d'une relation de confiance. Vues sous cet angle, les accusations restent très graves et la société conserve un intérêt pressant à ce que ces accusations soient jugées, pour indiquer clairement que de telles agressions ne seront pas tolérées et que les jeunes femmes doivent être protégées de tels abus. En omettant de considérer ces facteurs qui militent en faveur de la continuation des poursuites, le juge du procès n'a pas exercé pleinement son pouvoir discrétionnaire et, partant, sa décision doit être infirmée.

D. *La norme de contrôle*

La décision d'accorder une suspension des procédures est une décision de nature discrétionnaire qui ne peut être modifiée à la légère : « une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Tobiass, précité*, par. 87; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S.

116

117

cannot be replaced simply because the appellate court has a different assessment of the facts (*Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; see also *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507).

1367, p. 1375). De plus, lorsqu'un juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire, la cour d'appel ne peut y substituer sa propre décision uniquement parce qu'elle arrive à une appréciation différente des faits (*Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; voir également *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507).

118 This does not mean, however, that the trial judge is completely insulated from review. It is settled law that where the "trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts", the decision based on these facts may be reversed (*Kathy K*, at p. 808). In the present case, I find that the trial judge made palpable and overriding factual errors which set his assessment of the facts askew. I also find that he misdirected himself regarding the law for granting a stay by overlooking key elements of the analysis, thereby committing an error which was properly reversed by the Court of Appeal.

Cela ne signifie toutefois pas que le juge du procès se trouve entièrement à l'abri de tout contrôle. Selon un principe juridique bien établi, lorsque le « juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits », la décision fondée sur ces faits peut être modifiée (*Kathy K*, p. 808). En l'espèce, je conclus que le juge du procès a commis des erreurs factuelles manifestes et dominantes qui ont faussé son appréciation des faits. Je conclus aussi qu'il s'est fondé sur des considérations erronées en droit pour suspendre les procédures en omettant de tenir compte d'éléments clés de l'analyse, commettant ainsi une erreur que la Cour d'appel a corrigée à bon droit.

1. Error of Fact

1. L'erreur de fait

119 I find that the trial judge's characterization of the scope of pre-charge interviewing done across the country was narrower than the expert evidence indicates. The trial judge concluded (at para. 117):

J'estime que le juge du procès a attribué aux entrevues pré-inculpation pratiquées à l'échelle du pays une portée plus étroite que celle révélée par la preuve d'expert. Le juge du procès a tiré la conclusion suivante (au par. 117) :

Based upon my review of all of the above expert evidence, it seems to me that the scope of pre-charge Crown interviewing in this country is a very narrow one. It ranges from non-existent to rare. On the occasions when it is performed, it serves as a screen designed to protect an accused from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed.

[TRADUCTION] À partir de mon examen de toute la preuve d'expert susmentionnée, il me semble que la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays a une portée très étroite. Elle est inexistante ou rare. Lorsqu'on y a recours, elle sert de filtre destiné à protéger l'accusé de l'embarras (l'humiliation) d'être accusé, dans l'hypothèse où les accusations portées contre lui seraient retirées ou suspendues plus tard.

He characterized the practice of pre-charge interviewing conducted by Crowns in New Brunswick, Quebec and British Columbia as "Crown pre-charge screening" (para. 120). By this, MacDonald A.C.J. meant that the only acceptable form of Crown pre-charge meetings with complainants occurs when the Crown is motivated solely by a desire to benefit the

Selon lui, la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique constitue un [TRADUCTION] « mécanisme de filtrage pré-inculpation par le ministère public » (par. 120). Le juge en chef adjoint MacDonald entendait par là que seules les entrevues qu'effectue le ministère public

accused by screening out frivolous or unsustainable charges. The evidence of Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins and Philip Stenning clearly contradicts this. Pre-charge interviews in New Brunswick are done for a variety of policy reasons, only one of which is the protection of the potential accused. Furthermore, even in Ontario where the practice of Crown pre-charge interviewing is the most circumscribed, it does occur on a regular basis. The trial judge, with respect, was therefore in error when he ruled that “pre-charge Crown interviewing in this country is . . . non-existent to rare” (para. 117). The evidence before him disclosed that Crown pre-charge interviews range from a regularly although infrequently exercised practice in Ontario, to a commonly practised procedure in New Brunswick. While the practice is not used in every case, it appears that it is typically used in cases of sexual assault, especially when allegations are historic, the complainant is young, or there is some other reason for specific concern about the strength of the evidence. This palpable error of fact had significant ramifications on the trial judge’s reasoning. Based on his erroneous view, he found the Crown’s conduct in this case at variance with standard practice across the country and therefore improper. From this impropriety he deduced a loss of objectivity in the Crown’s decision to proceed with charges, and from that finding, he concluded that there was an abuse of process, where the other examples of police and Crown misconduct alone would not have risen to the level of procedural abuse where a stay might be warranted.

In addition, I find a second factual error in the trial judge’s reasoning. Without ever explicitly stating it, the trial judge implies that the loss of objectivity was abusive because it meant that the appellant ultimately faced more charges. No evidence can be

dans le but de protéger l’accusé en filtrant les accusations frivoles ou non étayées par la preuve seraient admissibles à l’étape antérieure à l’inculpation. Les dépositions de Glendon Abbott, Fred Ferguson, Andrejs Berzins et Philip Stenning contredisent clairement cette hypothèse. Il se pratique des entrevues pré-inculpation au Nouveau-Brunswick pour diverses raisons de politique, notamment, et non exclusivement, pour protéger l’accusé potentiel. De plus, même en Ontario, où la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public est la plus limitée, on y a recours régulièrement. Avec égards, le juge du procès a donc commis une erreur en constatant que [TRADUCTION] « la pratique des entrevues pré-inculpation par le ministère public dans notre pays [. . .] est inexistante ou rare » (par. 117). La preuve qui lui a été soumise révélait que la tenue d’entrevues pré-inculpation par le ministère public constitue une pratique qui varie entre un usage régulier, bien que peu fréquent en Ontario, et une utilisation courante au Nouveau-Brunswick. Même si on n’a pas recours à cette pratique dans toutes les affaires, il appert qu’on l’applique typiquement dans les cas d’agression sexuelle, tout particulièrement lorsque les allégations portent sur des faits qui remontent à très longtemps, que les plaignants sont jeunes ou que d’autres facteurs soulèvent un doute particulier quant à la force probante de la preuve. Cette erreur de fait manifeste a eu des incidences importantes sur le raisonnement du juge du procès. Sur la base de cette perception erronée, il a estimé que la conduite du ministère public en l’espèce entraînait en conflit avec la pratique habituelle à l’échelle du pays et, en conséquence, était irrégulière. De cette irrégularité, il a déduit une perte d’objectivité dans la décision du ministère public d’engager des poursuites relativement aux chefs d’accusation et, à partir de cette constatation, il a conclu à l’existence d’un abus de procédure, alors que les autres exemples de conduite répréhensible de la police et du ministère public n’atteignaient pas isolément le niveau d’un abus de procédure susceptible de justifier une suspension.

Je décèle en outre une deuxième erreur de fait dans le raisonnement du juge du procès. Sans jamais l’affirmer explicitement, le juge du procès laisse entendre que la perte d’objectivité était abusive parce qu’elle faisait en sorte que l’appelant a

found to support this deduction. The recommendations of DPP Pearson were clearly given as part of a charging decision still in flux. Pearson stated that the police were not bound to follow his advice, nor was the Crown bound to proceed with any charges which the police decided to lay. Pearson expressly recommended that some complainants be reinterviewed and he suggested that more charges would strengthen the case. Finally, he could not have anticipated that five new complainants would come forward, subsequent to his charging recommendation (three of whom ultimately accepted that the Crown proceed with charges). All of these facts point to the conclusion that the Pearson recommendation to proceed with charges related to four complainants was an interim one, and that it would be impossible to know whether the process which followed the Pearson recommendation resulted in the appellant facing more charges — more charges in relation to what? However, this erroneous factual finding was a palpable error which served as a springboard for the trial judge to find an abuse of process, and to launch into the case-by-case assessment of which charges should be stayed. At any rate, it could not have been inappropriate to lay additional charges if they had an adequate factual foundation and probable cause could be ascertained.

2. Error of Law

121

In addition, the trial judge misdirected himself on the test for granting a stay. By incorrectly emphasizing the balancing stage, weighing the interests flowing from a stay against the public interest in proceeding, he skipped over the key assessment of whether the abuse (as he so found it) would be manifested, perpetuated or aggravated in the proceedings if they continued. He also ignored the step of the analysis which requires that other remedies be considered.

finalement dû répondre à un plus grand nombre d'accusations. Aucun élément de preuve ne vient appuyer cette déduction. Le DPC Pearson a manifestement formulé ses recommandations dans le cadre d'un processus décisionnel encore inachevé concernant l'inculpation. M^e Pearson a précisé que la police n'était pas tenue de suivre son avis, ni le ministère public d'engager des poursuites à l'égard des accusations que la police déciderait de porter. M^e Pearson a expressément recommandé que certaines plaignantes soient réinterrogées et il s'est dit d'avis qu'un plus grand nombre d'accusations viendrait renforcer la poursuite. Enfin, il ne pouvait prévoir que cinq nouvelles plaignantes sortiraient de l'ombre après ses recommandations relatives à l'inculpation (dont trois ont finalement accepté que le ministère public engage des poursuites). Tous ces faits mènent à la conclusion que la recommandation de M^e Pearson de porter des accusations relativement à quatre plaignantes conservait un caractère provisoire, et qu'il serait impossible de savoir si le processus qui a suivi la recommandation de M^e Pearson a eu pour résultat qu'un plus grand nombre d'accusations ont été portées contre l'appelant — un plus grand nombre par rapport à quoi? Cette conclusion de fait erronée constituait toutefois une erreur manifeste dont le juge du procès s'est servi comme d'un tremplin pour conclure à l'existence d'un abus de procédure et entreprendre un examen cas par cas des accusations qui devaient être suspendues. Quoi qu'il en soit, le dépôt de nouvelles accusations ne pouvait devenir irrégulier si elles étaient suffisamment étayées par les faits et si des motifs probables pouvaient être établis.

2. L'erreur de droit

De plus, le juge du procès a commis une erreur de droit dans son appréciation du critère applicable à la suspension des procédures. En accordant à tort une trop grande importance à l'étape de la mise en balance, lorsqu'il a soupesé les intérêts découlant d'une suspension et l'intérêt public à ce que les procédures se poursuivent, il a omis de trancher la question clé de savoir si l'abus (qu'il avait décelé) serait révélé, perpétué ou aggravé par la poursuite si celle-ci n'était pas suspendue. Il est aussi passé outre l'étape de l'analyse qui commande l'examen d'autres réparations.

I agree with the Court of Appeal that if the trial judge had properly applied the law, he would have concluded that the abuse that he had identified was not ongoing, and that indeed, the remedies of removing Crown Potts from the prosecution and of recognizing, in the circumstances of this case, the direct indictment as a fresh, objective review of the charges put an end to any lingering doubt that the appellant was continuing to face a prosecution that was abusive, vexatious, oppressive or in any way an affront to decency and fair play.

Finally, if after having properly undertaken this analysis, the trial judge had still been in doubt as to whether a stay of proceedings was the proper remedy for the abuse of process he found, the balancing exercise which he ultimately undertook was also erroneous. The *Tobiass* test instructs that in such circumstances, the benefits of a stay must be considered in relation to the benefits of continuing the process. An egregious act of misconduct can overtake some passing public concern, but, in other circumstances, a compelling societal interest in proceeding can tip the scales against granting a stay. By the trial judge's own assessment, the case of abuse before him was not egregious enough to warrant a global stay of all the charges. Yet this less serious example of abuse was not fully weighed against the compelling societal interests in signalling that allegations of sexual abuse of young, vulnerable girls and women will be heard, in encouraging all sexual assault complainants to trust the system and come forward, and in protecting the repute of a system of justice that is sensitive to these allegations of crime and the difficulties faced by the complainants who make them. If the societal factors had been fully weighed, the balancing exercise would have led to the conclusion that not one of these allegations was among the clearest of cases where a stay of proceedings was appropriate.

122
Comme la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge du procès, s'il avait appliqué correctement la loi, aurait conclu que l'abus qu'il avait décelé ne se perpétuait pas. En effet, le retrait de la procureure Potts de la poursuite et la reconnaissance, dans les circonstances de l'espèce, de la mise en accusation directe comme un nouvel examen objectif des accusations dissipait tout doute résiduel quant au risque que l'appelant continue à être soumis à une poursuite qui aurait été abusive, vexatoire, oppressive ou qui, de quelque façon, aurait heurté le sens de l'équité et de la décence.

123
Enfin, si après avoir effectué adéquatement cette analyse, le juge du procès n'avait toujours pas acquis la certitude que la suspension des procédures représentait la réparation appropriée pour corriger l'abus de procédure qu'il avait décelé, la mise en balance qu'il a entreprise était aussi erronée. Le critère énoncé dans l'arrêt *Tobiass* prévoit que, en pareil cas, les avantages découlant d'une suspension des procédures doivent être considérés en regard de ceux qui découleraient de la continuation du procès. Un acte d'inconduite extrêmement grave peut primer sur une préoccupation publique du moment, mais dans d'autres circonstances, l'intérêt irrésistible de la société dans le déroulement d'une poursuite peut faire pencher la balance du côté opposé à la suspension des procédures. D'après sa propre appréciation, le juge du procès était saisi d'un cas d'abus qui n'était pas suffisamment grave pour justifier une suspension globale des procédures relativement à tous les chefs d'accusation. Pourtant ce cas d'abus moins grave n'a pas été soupesé entièrement en regard des intérêts incontournables de la société à démontrer que les allégations d'agression sexuelle de jeunes filles et de jeunes femmes vulnérables seront entendues, à encourager les victimes d'agression sexuelle à faire confiance au système et à se déclarer, ainsi qu'à protéger la réputation d'un système de justice sensible à ce type d'allégations et aux difficultés auxquelles doivent faire face les plaignantes qui les formulent. Si ces facteurs sociaux avaient été appréciés dans leur intégralité, la démarche de mise en balance aurait conduit à la conclusion qu'aucune des allégations n'appartenait à la catégorie des cas les plus manifestes dans lesquels il convient de suspendre les procédures.

VII. Conclusion

124 As Freeman J.A., dissenting, put it: “On the hearing of the application for the stays, it was incumbent on the appellant to establish not only that he was entitled to a duty of objectivity on the part of the Crown in making its prosecuting decision, but that the duty was infringed so seriously that only a stay of proceedings could remedy the harm.” There is no question, and the Crown readily concedes, that the principles of fairness and fundamental justice entitle an accused to a duty of objectivity exercised by the Crown in deciding to prosecute. However, even if the trial judge was correct in finding an abuse of process, when the facts at bar are correctly understood, and when the proper test for granting a stay of proceedings is applied, the appellant fails to establish that the Crown’s duty of objectivity was infringed so seriously, either by the police, Crown Potts, or the Crown’s involvement in pre-charge interviews, that only a stay can remedy the harm.

125 For these reasons I would dismiss the appeal.

The reasons of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. were delivered by

126 BINNIE J. (dissenting) — This is an appeal from the discretionary order of Michael MacDonald A.C.J., who stayed the prosecution of nine charges of indecent assault against the appellant while permitting nine more serious charges to proceed. It was his view, after an 18-day hearing, that Crown prosecutors had manifested such a lack of objectivity in seeking the conviction of a prominent politician “at all costs” as to taint the integrity of the administration of justice in Nova Scotia. We ought to defer to his factual conclusions, in my opinion.

127 In the two most serious situations, which were allowed to proceed, the appellant was charged with

VII. Conclusion

Ainsi que l’a écrit le juge Freeman, dans ses motifs de dissidence, [TRADUCTION] « [à] l’audition de la requête en suspension, il incombait à l’appelant d’établir non seulement que le ministère public avait envers lui l’obligation de faire preuve d’objectivité en prenant la décision d’engager des poursuites, mais également qu’il avait manqué si gravement à cette obligation que seule une suspension des procédures pouvait remédier au préjudice. » Il ne fait pas de doute et le ministère public reconnaît volontiers que, par application des principes d’équité et de justice fondamentale, le ministère public assume, envers l’accusé, une obligation d’objectivité dans sa décision d’engager des poursuites. Toutefois, même si le juge du procès a conclu à bon droit à l’existence d’un abus de procédure, lorsque les faits de l’espèce sont interprétés correctement et que le critère adéquat régissant la suspension des procédures est appliqué, l’appelant ne peut établir un manquement si grave à l’obligation d’objectivité du ministère public, imputable à la police, à la procureure Potts ou à la participation du ministère public aux entrevues pré-inculpation, que seule une suspension peut remédier au préjudice.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Il s’agit d’un pourvoi contre l’ordonnance discrétionnaire du juge en chef adjoint Michael MacDonald qui a suspendu la poursuite relativement à neuf accusations d’attentat à la pudeur portées contre l’appelant, tout en permettant que neuf autres accusations plus graves suivent leur cours. Après 18 jours d’audience, le juge était d’avis que, dans leur tentative d’obtenir la condamnation « à tout prix » d’un homme politique en vue, les procureurs de la Couronne avaient fait preuve d’un manque d’objectivité tellement grave qu’il portait atteinte à l’intégrité de l’administration de la justice en Nouvelle-Écosse. Je suis d’avis que nous devrions faire preuve de retenue à l’égard de ses conclusions de fait.

Dans les deux cas les plus graves où les procédures n’ont pas été suspendues, l’appelant était accusé

rape (and attempted rape) and unlawful confinement. In a third situation, which also went to trial, he was charged with exposing his penis to a babysitter while grabbing her hand when driving her home. These charges involved teenage girls, one barely 14 years of age, about half the appellant's age at the time.

A Nova Scotia jury subsequently acquitted the appellant of all eight charges that have thus far gone to trial. One charge of indecent assault is outstanding.

The trial judge was favourably impressed by the opinion of the then Director of Public Prosecutions in Nova Scotia, Mr. John Pearson, when advising the RCMP in 1994 prior to the commencement of any proceedings. Mr. Pearson concluded that while the more serious charges should proceed against the appellant, the prosecution of the less serious charges (that are now 24 to 34 years old) "may be seen as 'persecution' in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered". While Mr. Pearson did not say so, it appears he viewed the "lesser" incidents as matters that might have proceeded at the earlier time on summary conviction, in which case the applicable limitation period would have been six months.

The appellant claims that because of strong criticism of the Nova Scotia prosecutors' service in the case of Donald Marshall who served 11 years in jail for a crime he did not commit, and the controversies related to prosecutions arising out of the Westray mining disaster (discussed in part in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537), the prosecutors failed in this case to perform their constitutional role as a check and balance on police power. In their determination not to be seen to be favouring the appellant, a former Premier of Nova Scotia, they leaned over backwards and denied him the "hard objective second look (at the charging decision)" ((1998), 21 C.R. (5th) 366, at para. 122) to which every citizen,

de viol (et tentative de viol) et de séquestration. Dans un troisième cas, qui a aussi fait l'objet d'un procès, on l'accusait d'avoir exhibé son pénis à une gardienne d'enfants tout en lui saisissant la main alors qu'il la reconduisait chez elle en voiture. Les victimes de ces infractions étaient des adolescentes, dont l'une avait à peine 14 ans, soit à peu près la moitié de l'âge de l'appellant à l'époque.

Un jury de la Nouvelle-Écosse a acquitté l'appellant des huit accusations à l'égard desquelles il a subi son procès jusqu'à maintenant. Une accusation d'attentat à la pudeur pèse toujours contre lui.

Le juge du procès a été impressionné favorablement par l'opinion que le directeur des poursuites criminelles de la Nouvelle-Écosse alors en poste, M^e John Pearson, a exprimée à l'intention de la GRC en 1994, avant l'engagement de toute poursuite. M^e Pearson concluait que des poursuites devaient être engagées contre l'appellant relativement aux accusations les plus graves, mais que l'engagement de poursuites relativement aux accusations les moins graves (portant sur des faits survenus il y a de 24 à 34 ans) [TRADUCTION] « peut être perçu comme de la "persécution" compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s'attendre en cas de déclaration de culpabilité ». Bien que M^e Pearson ne l'ait pas précisé, il semblait croire que les incidents les moins graves auraient pu donner lieu, plus tôt, à une poursuite par voie de procédure sommaire, auquel cas le délai de prescription aurait été de six mois.

L'appellant prétend qu'en raison des critiques sévères adressées au service des procureurs de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire Donald Marshall, lequel a été emprisonné 11 ans pour un crime qu'il n'avait pas commis, et des controverses liées aux poursuites découlant du désastre minier de Westray (examinées en partie dans l'arrêt *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537), les procureurs de la Couronne n'ont pas rempli, en l'espèce, leur rôle constitutionnel de freins et contrepoids du pouvoir policier. Dans leur détermination à ne pas donner l'impression de favoriser l'appellant, ancien premier ministre de la Nouvelle-Écosse, ils ont fait tant d'efforts qu'ils l'ont privé de [TRADUCTION]

128

129

130

of whatever rank or station, is entitled. In the trial judge's view the prosecutors, far from acting as a counterbalance to the police team, effectively became part of it.

« l'examen rigoureux et objectif (de la décision concernant l'inculpation) » ((1998), 21 C.R. (5th) 366, par.122) auquel a droit tout citoyen, peu importe son rang ou sa position dans la société. Selon le juge du procès, loin d'agir comme contre-poids du service de police, les procureurs de la Couronne en sont en fait devenus partie constituante.

131 Since obtaining a favourable decision from the Nova Scotia Court of Appeal the Crown has, on its own motion, stayed two of the nine charges on which it obtained a green light to proceed.

Après avoir obtenu gain de cause à l'égard de neuf accusations devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a, de lui-même, retiré deux des neuf accusations relativement auxquelles il avait obtenu le feu vert.

132 The remaining seven charges that were the subject of the stay involve allegations of sexual assault consisting of unwanted kissing, "French kissing", groping, fondling or similar acts between 1968 and 1978 with different complainants who, at the time, came into contact with the appellant as babysitters, a legislative page, a housekeeper, a hotel dishwasher and a news reporter. The complainants' ages varied from 14 to 24 years old. The trial judge acknowledged that all charges of sexual assault are serious. Nevertheless, he concluded that the Crown's failure to act objectively in this case amounted to an abuse of process. The policy concerns raised by the then Director of Public Prosecutions were never subsequently properly addressed, as they ought to have been, in the trial judge's view.

Les sept autres accusations visées par une suspension portent sur des allégations d'agression sexuelle consistant en des baisers non sollicités, des caresses et des baisers lascifs, des attouchements ou des actes similaires commis entre 1968 et 1978 à l'égard de différentes plaignantes qui, à l'époque, sont entrées en contact avec l'appelant à titre de gardiennes d'enfants, de page à l'assemblée législative, de ménagère, de plongeuse dans un hôtel et de journaliste. L'âge des plaignantes s'échelonnait de 14 à 24 ans. Le juge du procès a reconnu que toutes les accusations d'agression sexuelle sont graves. Il a toutefois conclu que le manque d'objectivité du ministère public dans cette affaire constituait un abus de procédure. Selon lui, les préoccupations de principe soulevées par l'ancien directeur des poursuites criminelles n'ont jamais été considérées sérieusement par la suite, comme elles auraient dû l'être.

133 As the charges themselves were the direct product of the abuse, the logical remedy was to stay their further prosecution. No lesser remedy would eliminate the root of the abuse. The trial judge found the prosecution of the additional nine charges to arise out of a fundamentally unfair procedure and to be among the "clearest of cases" calling for a stay of proceedings.

Compte tenu que les accusations elles-mêmes résultaient directement de l'abus, la réparation logique consistait à suspendre toute poursuite ultérieure à leur égard. Aucune réparation moindre ne pouvait éliminer la source de l'abus. Le juge du procès a conclu que l'engagement de poursuites relativement aux neuf autres accusations découlait d'une procédure fondamentalement inéquitable et constituait l'un des « cas les plus manifestes » justifiant une suspension des procédures.

134 In my view, the trial judge instructed himself properly on the law and there is no reversible error in his application of the law to the facts. His decision

À mon avis, le juge du procès s'est fondé sur les bonnes règles de droit et n'a commis aucune erreur donnant ouverture à révision dans son application

ought not to have been reversed by the majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Freeman J.A. dissenting). That court, in my view, simply substituted their own divided opinion on issues that were given to the trial judge to decide. I would allow the appeal.

I. Abuse of Process

Everyone in this country, however prominent or obscure, is entitled to the equal protection of the law. As a politician of some prominence, the appellant was not entitled to be treated any better than other individuals, but nor should he have been treated worse. An important element of the protection of the law is that where the Crown Attorneys are involved they stand independent both of the police and of persons suspected of crimes to determine in a fair and even-handed way whether and how charges laid by the police should proceed.

The appellant says that the Crown cannot point to any other instances where it was sought to prosecute a comparable series of 24- to 34-year-old allegations of sexual touching, serious as those allegations are, and his counsel draws the conclusion that if the appellant had remained in obscurity as a sometime lawyer and sports announcer, Nova Scotia would not now be expending its considerable resources to obtain his conviction. The Crown Attorney's office, in his view, is not standing up as they should to the powerful pressures of the media and an aroused public opinion.

I agree with the trial judge as a matter of law that the Crown prosecutors must retain objectivity in their review of charges laid by the police, or their pre-charge involvement, and retain both the substance and appearance of even-handed independence from the police investigative role. This is the Crown Attorney's "Minister of Justice" function and its high standards are amply supported in the cases: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257, and

du droit aux faits. Sa décision n'aurait pas dû être infirmée par le jugement majoritaire de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge Freeman étant dissident). Selon moi, cette cour a simplement substitué sa propre opinion partagée sur les questions que le juge du procès avait la mission de trancher. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. L'abus de procédure

Tout citoyen de notre pays, qu'il soit très en vue ou peu connu, a droit à la même protection de la loi. À titre d'homme politique connu, l'appelant n'avait pas le droit d'être mieux traité que quiconque, mais il ne méritait pas non plus d'être moins bien traité. La protection de la loi repose notamment et de façon importante sur l'indépendance que les procureurs de la Couronne doivent maintenir, lorsqu'ils entrent en jeu, à l'égard des policiers et des personnes soupçonnées de crimes. Cette indépendance permet aux procureurs de la Couronne de déterminer de façon juste et impartiale s'il y a lieu de donner suite aux accusations déposées par la police, et de quelle façon.

L'appelant prétend que le ministère public ne peut citer aucun autre cas où l'on aurait cherché à engager des poursuites à l'égard d'une série comparable d'allégations de contacts sexuels, aussi graves soient-elles, remontant à il y a 24 à 34 ans. Son avocat en conclut que si l'appelant était demeuré dans l'ombre comme avocat ou commentateur sportif, la Nouvelle-Écosse n'en serait pas à dépenser des ressources considérables pour tenter de le faire condamner. À son avis, le bureau du procureur de la Couronne ne résiste pas comme il le devrait aux très fortes pressions des médias et d'une opinion publique hostile.

J'abonde dans le sens du juge du procès lorsqu'il affirme que, selon le droit, les procureurs de la Couronne doivent demeurer objectifs dans leur examen des accusations portées par la police, ou dans leur participation à l'étape antérieure à l'inculpation, et qu'ils doivent conserver, en réalité comme en apparence, une indépendance impartiale par rapport au rôle d'enquête de la police. C'est là la fonction de « représentant de la justice » du procureur de la Couronne, à laquelle s'appliquent des normes

135

136

137

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 341. In *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990), Working Paper 62, the Law Reform Commission of Canada rightly observed that “prominent people, such as politicians . . . should be treated neither preferentially nor more harshly than others. If proceedings would not have been commenced against an ordinary individual, they ought also not to be commenced against the prominent individual” (p. 80).

élevées amplement reconnues par la jurisprudence : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, p. 257, et *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 341. Dans *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990), Document de travail 62, la Commission de réforme du droit du Canada a noté que « des personnes connues—des hommes ou des femmes politiques par exemple—[. . .] ne devraient ni jouir d’un traitement de faveur ni faire l’objet d’une rigueur particulière. Rien ne justifie en effet qu’on engage des poursuites contre des personnes en vue lorsqu’on ne l’aurait pas fait contre des citoyens ordinaires » (p. 83).

138

The trial judge found as a fact that there was no independent and objective review by the Crown prosecutors in this case. The absence of the usual and proper checks and balances would, he thought, shock the conscience of the community. He cited a number of concerns that reflected this institutional failure (including premature disclosure of the investigation, improper Crown involvement in the charging decisions, laying a charge to bootstrap otherwise inadmissible similar fact evidence, and judge shopping), but his listing of the symptoms should not be mistaken for his important and central finding of fact that the appellant had been denied his constitutional right to a fair pre-trial procedure.

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les procureurs de la Couronne n’ont procédé à aucun examen indépendant et objectif en l’espèce. L’absence des freins et contrepoids adéquats habituels risquait, selon lui, de choquer la conscience de la collectivité. Il a cité un certain nombre de sujets de préoccupation reflétant ce manquement institutionnel (dont l’annonce prématurée de l’enquête, la participation irrégulière du ministère public aux décisions concernant l’inculpation, le dépôt d’une accusation visant à introduire une preuve de faits similaires par ailleurs inadmissible, et la recherche d’un juge accommodant), mais il faut éviter de confondre cette énumération des symptômes avec la conclusion de fait importante et centrale qu’il a tirée, à savoir que l’appelant a été privé de son droit constitutionnel à une procédure préliminaire équitable.

A. *Standard of Review*

A. *La norme de contrôle*

139

I agree with my colleague LeBel J. that the standard of review of the trial judge’s decision to grant a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was authoritatively stated by Gonthier J. in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375, as follows: “[A]n appellate court will be justified in intervening in a trial judge’s exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice”; see also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

Je suis d’accord avec mon collègue le juge LeBel pour dire que la norme de contrôle de la décision du juge du procès d’accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été énoncée péremptoirement dans les termes suivants par le juge Gonthier dans l’arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375 : « [U]ne cour d’appel ne sera justifiée d’intervenir dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’un juge de première instance que si celui-ci s’est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice »; voir également l’arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48.

We should also keep in mind the well-established rule mentioned by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 76:

The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way.

B. *Review of Findings of Fact*

An appellate court should give appropriate deference to the findings of fact of a trial judge, who in this case heard nine days of evidence and nine days of legal argument. The relevant cases are gathered together in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, where Lamer C.J. concluded, at para. 81:

It is a well-settled principle of law that when an appellate court reviews the decision of a trial judge that court must give considerable deference to the trial judge's findings of fact, particularly where those findings of fact are based on the trial judge's assessment of the testimony and credibility of witnesses.

. . .

I would also note that the principle of appellate court deference has been held to apply equally to findings of fact made on the basis of the trial judge's assessment of the credibility of the testimony of expert witnesses . . .

For the reasons that follow, it is my view that the critical findings of fact of the trial judge in this case compel the issuance of a stay of proceedings.

C. *Approach of the Court of Appeal*

I agree with Cromwell J.A. in the Nova Scotia Court of Appeal ((1999), 179 N.S.R. (2d) 45) that the crux of the trial judge's reasoning was that as a result of the abuse of process which the trial judge

Il faut aussi garder à l'esprit la règle bien établie mentionnée par le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76 :

[TRADUCTION] Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente.

B. *Le contrôle des conclusions de fait*

Une cour d'appel devrait faire montre de la retenue appropriée à l'égard des conclusions de fait du juge du procès qui a, en l'espèce, consacré neuf jours à l'audition de la preuve et neuf jours à l'audition des arguments de droit. Les décisions pertinentes ont été regroupées dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, où le juge en chef Lamer a conclu en ces termes, au par. 81 :

Selon un principe juridique bien établi, lorsqu'une cour d'appel examine la décision du juge du procès, elle doit faire montre d'une retenue considérable à l'égard des conclusions de fait du juge, en particulier lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur son appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins.

. . .

Je souligne également qu'il a été décidé que le principe de la retenue par les cours d'appel s'applique aussi aux conclusions de fait du juge de première instance qui sont fondées sur son appréciation de la crédibilité des témoignages d'experts . . .

Pour les motifs qui suivent, j'estime que les conclusions de fait cruciales tirées par le juge du procès en l'espèce commandent la suspension des procédures.

C. *La perspective adoptée par la Cour d'appel*

Je conviens avec le juge Cromwell de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ((1999), 179 N.S.R. (2d) 45) que le nœud du raisonnement du juge du procès était que, par suite de l'abus de procédure

140

141

142

143

found to exist, the appellant is facing charges that otherwise would never have been laid, or if laid would not have been prosecuted. (The excessive charges, to be specific, are the nine charges which are the subject of the stay.)

qu'il a constaté, l'appelant doit répondre à des accusations qui n'auraient autrement jamais été portées contre lui, ou à l'égard desquelles aucune poursuite n'aurait été engagée si elles avaient été déposées. (Plus précisément, les accusations excessives sont les neuf accusations visées par la suspension.)

144 Cromwell J.A. put it this way at para. 128:

Le juge Cromwell s'est exprimé en ces termes, au par. 128 :

Although the judge does not explicitly say so, it appears that he found that the respondent, as a result of the loss of objectivity, may have been facing many more charges than he would have had appropriate objectivity been retained. With respect to Count 16, the judge found that it was prosecuted for an improper motive.

[TRADUCTION] Même si le juge ne le dit pas explicitement, il semble avoir conclu que l'intimé, par suite de la perte d'objectivité, doit peut-être répondre à un beaucoup plus grand nombre d'accusations que si l'objectivité appropriée avait été préservée. En ce qui a trait au 16^e chef d'accusation, le juge a conclu que la poursuite avait été engagée pour un motif illégitime.

145 On the other hand, with respect, I do not agree with the overall approach of the majority judgment of Cromwell J.A. when it takes the symptoms of institutional failure identified by the trial judge and (as I interpret his opinion) addresses each symptom in isolation from the others with a view to demonstrating that what was done was not necessarily and in all cases wrong. I think, with respect, this approach is incorrect. Quite apart from the trial judge's emphasis on the *cumulative* effect of the various elements of the conduct complained of, the majority opinion mistakes the symptoms for the diagnosis. The trial judge's concern was not so much at the level of the individual symptoms as it was with the failure in this case of the institutional checks and balances. The failure prevented the objective review of charges laid by the police that, because of their staleness, relatively minor nature (compared with those that did go to trial) and the potentially light sentences even if convicted, would likely have been stopped if an objective review had taken place.

En revanche, je ne suis pas d'accord avec l'approche globale adoptée dans le jugement prononcé pour la majorité par le juge Cromwell, qui consiste à prendre les symptômes du manquement institutionnel identifiés par le juge du procès et (selon mon interprétation de ses motifs) à les examiner chacun isolément des autres afin de démontrer que ce qui a été fait n'était pas incorrect à coup sûr et dans tous les cas. Je pense que cette approche est erronée. Indépendamment de l'accent mis par le juge du procès sur l'effet *cumulatif* des divers éléments de la conduite reprochée, l'opinion majoritaire confond les symptômes et le diagnostic. La préoccupation du juge du procès ne portait pas tant sur chacun des symptômes que sur l'absence, en l'espèce, des freins et contrepoids institutionnels. Cette absence a empêché l'examen objectif des accusations portées par la police qui, en raison de leur caducité, de leur nature relativement mineure (en comparaison de celles qui ont fait l'objet d'un procès) et des peines potentiellement légères qu'elles étaient susceptibles d'entraîner en cas de déclaration de culpabilité, auraient probablement été retirées si elles avaient été soumises à un examen objectif.

146 As stated, these broader concerns found expression in the report of the then Director of Public Prosecutions for Nova Scotia, Mr. John Pearson, dated June 28, 1994. The trial judge accepted, of course, that Mr. Pearson's opinion was not binding upon the police or on subsequent prosecutors (and

Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, ces préoccupations plus générales ont été exprimées dans le rapport du directeur des poursuites criminelles de la Nouvelle-Écosse alors en poste, M^e John Pearson, en date du 28 juin 1994. Le juge du procès a reconnu, bien sûr, que l'avis de M^e Pearson ne

certainly not on the court). Still, it represented a bench mark of objectivity and even-handedness that he thought ought to have continued to guide consideration of both the charges Mr. Pearson considered and the others that followed. Mr. Pearson made the following observations about the potential charges that he recommended against proceeding with:

The Other Complainants

Concerning the other four complainants . . . it is our opinion that these allegations should not be proceeded with by way of criminal charges. We have concluded that acts contemplated by the indecent assault section of the *Criminal Code* of the day were present in these cases. However, consideration of the following public interest factors tips the scale in favour of not proceeding with these matters as criminal charges:

- i) the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time (this fact is best illustrated in [the] incident [involving one complainant] where her father, upon learning of the facts, demanded an apology from the accused);
- ii) the “staleness” of the offences when compared with their gravity;
- iii) the prosecution of these charges may be seen as “persecution” in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered;
- iv) other alternatives are available to sanction this behaviour, i.e. the prosecution of the more serious charges; and
- v) the maintenance of public confidence in the administration of justice can be sustained without these four charges proceeding.

The charges that were stayed by the trial judge were described by Freeman J.A., dissenting, as *historic* counts (at para. 20):

Each count alleges a single impulsive act, an isolated incident without repetition, follow-up, or persistency on the part of the respondent. The most recent of the stayed

liait pas la police, ni les procureurs de la Couronne subséquents (et certainement pas la cour). Cet avis n’en constituait pas moins un point de repère quant à l’objectivité et l’impartialité qui, selon lui, aurait dû continuer à guider la réflexion à la fois sur les accusations que M^e Pearson avait étudiées et sur les autres qui ont suivi. M^e Pearson a fait les observations suivantes sur les accusations potentielles à l’égard desquelles il a recommandé de ne pas engager de poursuites :

[TRADUCTION] Les autres plaignantes

Quant aux quatre autres plaignantes [. . .] nous estimons qu’il n’y a pas lieu d’engager des poursuites criminelles à l’égard de ces allégations. Nous concluons que, dans ces cas, les actes visés par l’article du *Code criminel* de l’époque créant l’infraction d’attentat à la pudeur ont été commis. Toutefois, la prise en considération des facteurs d’intérêt public suivants fait pencher la balance en faveur de la décision de ne pas engager de poursuites relativement à ces chefs d’accusation :

- i) il s’agit d’allégations de nature mineure, tout spécialement lorsqu’on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l’époque (ce fait est particulièrement bien illustré dans [l]’incident [relatif à une plaignante] où son père, lorsqu’il a pris connaissance des faits, a exigé que l’accusé lui présente des excuses);
- ii) la « caducité » des infractions par comparaison à leur gravité;
- iii) l’engagement de poursuites à l’égard de ces accusations peut être perçu comme de la « persécution » compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s’attendre en cas de déclaration de culpabilité;
- iv) il existe d’autres moyens pour sanctionner ce comportement, à savoir l’engagement de poursuites à l’égard des accusations plus graves;
- v) la confiance du public dans l’administration de la justice peut être préservée sans que des poursuites soient engagées relativement à ces quatre accusations.

Les accusations qui ont été suspendues par le juge du procès ont été décrites par le juge Freeman, dissident, comme des incidents *remontant à très longtemps* (au par. 20) :

[TRADUCTION] Chaque chef allègue un seul acte impulsif, un incident isolé sans répétition, suite ou persistance de la part de l’intimé. Le plus récent des chefs

counts was almost 20 years old at the time of the trial, and some were more than 30. None of the complainants had come forward to initiate contact with police. The director of public prosecutions who evaluated the police case before the charging decision was made, and before the Crown's objectivity had been compromised, had recommended against proceeding with historic counts of this nature.

148 The conclusion that well-informed people may reasonably take from the continued prosecution of what Mr. Pearson described as "minor" allegations 24 to 34 years after the events are said to have taken place is that the appellant is being pursued not so much for what he has done as for who he is. Such a perception undermines public confidence in the impartiality and integrity of the criminal justice system, in my opinion.

D. *Law Governing Abuse of Process*

149 There is no doubt that the prosecutorial misconduct found by the trial judge would not prevent the accused from receiving a fair trial on all charges. The appellant's complaints in that regard were all properly rejected.

150 The issues relevant to the "abuse of process" claim in this case are:

(i) the extent to which an objective and even-handed Crown Attorney is essential to the checks and balances at the stages of the criminal justice system in which he or she is involved, and

(ii) whether preferring a direct indictment and the holding of a subsequent fair trial cures the omission of an essential check and balance in the laying of the charges.

1. The Importance of Checks and Balances

151 It is clear that Crown Attorneys perform an essential "Minister of Justice" role at all stages of

frappés par la suspension remontait à près de 20 ans au moment du procès, et certains d'entre eux remontait à plus de 30 ans. Aucune des plaignantes n'avait pris l'initiative de communiquer avec la police. Le directeur des poursuites criminelles qui a évalué le dossier de la police avant la décision concernant l'inculpation et avant que l'objectivité du ministère public ne soit compromise, avait recommandé de ne pas engager de poursuites à l'égard de chefs d'accusation de cette nature remontant à très longtemps.

Des personnes bien informées pourraient raisonnablement conclure, du maintien de la poursuite à l'égard de ce que M^e Pearson a décrit comme des allégations [TRADUCTION] « mineures » formulées de 24 à 34 ans après le moment où les événements se seraient produits, que l'appelant est poursuivi non pas tant pour ce qu'il a fait que pour ce qu'il est. À mon avis, une telle perception mine la confiance du public dans l'impartialité et l'intégrité du système de justice pénale.

D. *Les règles de droit régissant l'abus de procédure*

Il ne fait pas de doute que la conduite répréhensible des procureurs de la Couronne constatée par le juge du procès n'empêcherait pas l'accusé de subir un procès équitable relativement à toutes les accusations. Les prétentions de l'appelant à cet égard ont toutes été rejetées à bon droit.

Voici les questions pertinentes qu'il faut trancher concernant l'allégation d'« abus de procédure » en l'espèce :

(i) Dans quelle mesure un procureur de la Couronne objectif et impartial joue-t-il un rôle essentiel au maintien des freins et contrepoids aux étapes du système de justice pénale où il est appelé à intervenir?

(ii) Le fait de procéder par voie de mise en accusation directe et de tenir subséquemment un procès équitable remédie-t-il à l'absence des freins et contrepoids essentiels lors de l'inculpation?

1. L'importance des freins et contrepoids

Il est clair que les procureurs de la Couronne jouent un rôle essentiel de « représentants de

their work. Their role in considering or carrying forward a prosecution is of the highest importance for the integrity of our criminal justice system, and was perhaps most famously described by Rand J. in *Boucher*, *supra*, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Many other statements of the highest authority can be found to the same effect. In *Stinchcombe*, *supra*, Sopinka J. for the Court stated as follows, at p. 341:

The tradition of Crown counsel in this country in carrying out their role as “ministers of justice” and not as adversaries has generally been very high.

In *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, Gonthier J. for himself, McLachlin and Iacobucci JJ., dissenting on other grounds, stated at p. 118:

The single-minded pursuit of convictions cannot be compatible with the responsibilities of Crown prosecutors.

In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (as he then was) for himself, Dickson C.J. and Wilson J., stated at p. 191:

Traditionally the Crown Attorney has been described as a “minister of justice” and “ought to regard himself as part of the Court rather than as an advocate”.

la justice » à toutes les étapes de leur travail. Leur rôle consistant à évaluer l’opportunité d’engager des poursuites et à voir à leur déroulement est de première importance pour l’intégrité de notre système de justice pénale, et il a été décrit de la façon peut-être la plus remarquable par le juge Rand dans l’arrêt *Boucher*, précité, p. 23-24 :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n’ont pas pour but d’obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l’on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d’une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s’acquitte d’un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s’acquitter de sa tâche d’une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Bon nombre d’autres déclarations de la plus haute autorité vont dans le même sens. Dans l’arrêt *Stinchcombe*, précité, le juge Sopinka a dit, au nom de la Cour, à la p. 341 :

D’une manière générale, les substituts du procureur général au Canada se sont montrés traditionnellement très soucieux de jouer leur rôle de « ministres de la justice » plutôt que celui d’adversaires.

Dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, le juge Gonthier en son nom et en celui des juges McLachlin et Iacobucci, dissidents sur d’autres points, a dit à la p. 118 :

La recherche obstinée de déclarations de culpabilité ne peut pas être compatible avec leurs responsabilités.

Dans l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), qui s’exprimait aussi pour le juge en chef Dickson et le juge Wilson, a dit à la p. 191 :

Le procureur de la Couronne a traditionnellement été décrit comme un [TRADUCTION] « représentant de la justice » qui « devrait se considérer plus comme un fonctionnaire de la cour que comme un avocat ».

152

153

- 154 See also *Lemay, supra, per* Cartwright J., dissenting on other grounds, at p. 257: “[T]he sole object of the proceedings is to make certain that justice should be done”.
- 155 The “Minister of Justice” responsibility is not confined to the courtroom and attaches to the Crown Attorney in all dealings in relation to an accused person whether before or after charges are laid. It is a responsibility “that should be conducted without feeling or animus on the part of the prosecution” (*R. v. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224 (Ont. C.A.), *per* Riddell J.A., at p. 227).
- 156 These statements suggest at least three related but somewhat distinct components to the “Minister of Justice” concept. The first is objectivity, that is to say, the duty to deal dispassionately with the facts as they are, uncoloured by subjective emotions or prejudices. The second is independence from other interests that may have a bearing on the prosecution, including the police and the defence. The third, related to the first, is lack of animus — either negative or positive — towards the suspect or accused. The Crown Attorney is expected to act in an even-handed way.
- 157 In *R. v. G.D.B.*, [2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22, at para. 24, we held that “the right to effective assistance of counsel” in the criminal justice system reflects a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The duty of a Crown Attorney to respect his or her “Minister of Justice” obligations of objectivity and independence is no less fundamental. It is an essential protection of the citizen against the sometimes overzealous or misdirected exercise of state power. It is one of the more important checks and balances of our criminal justice system and easily satisfies the criteria first established in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:
- Voir également dans l’arrêt *Lemay*, précité, les motifs du juge Cartwright, dissident sur d’autres points, à la p. 257 : [TRADUCTION] « [L]a poursuite a pour seul objet de faire en sorte que justice soit rendue ».
- La responsabilité de « représentant de la justice » ne se limite pas à la salle d’audience et elle lie le procureur de la Couronne dans toutes les mesures qu’il prend relativement à l’accusé, avant comme après le dépôt des accusations. C’est une responsabilité [TRADUCTION] « qui devrait être exercée sans émotivité ou *animus* de la part de la poursuite » (*R. c. Chamandy* (1934), 61 C.C.C. 224 (C.A. Ont.), le juge Riddell, p. 227).
- Ces affirmations laissent croire que la notion de « représentant de la justice », comporte au moins trois composantes reliées mais quelque peu distinctes. La première est l’objectivité, c’est-à-dire l’obligation de traiter les faits de façon impartiale, tels qu’ils sont, sans être influencé par des émotions ou des préjugés personnels. La deuxième est l’indépendance par rapport à d’autres intérêts qui peuvent avoir une incidence sur la poursuite, y compris ceux de la police et de la défense. La troisième, liée à la première, est l’absence d’une propension à un sentiment — négatif ou positif — à l’égard du suspect ou de l’accusé. L’on s’attend à ce que le procureur de la Couronne agisse de manière impartiale.
- Dans l’arrêt *R. c. G.D.B.*, [2000] 1 R.C.S. 520, 2000 CSC 22, par. 24, nous avons statué que « [le] droit à l’assistance effective d’un avocat » dans le système de justice pénale correspond à un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*. Le devoir d’un procureur de la Couronne de s’acquitter de ses obligations d’objectivité et d’indépendance de « représentant de la justice » est tout aussi fondamental. Il constitue, pour le citoyen, une protection essentielle contre l’exercice parfois excessif et mal fondé du pouvoir de l’État. C’est l’un des mécanismes les plus importants de freins et contrepoids de notre système de justice pénale et il satisfait aisément au critère énoncé pour la première fois dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 513 :

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rational* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

These requirements set a high standard. The courts rightly presume, such are the high traditions of the prosecutorial service in this country, that they are met in the thousands of decisions taken every day that so vitally impact the lives of those who find themselves in trouble — rightly or wrongly — with the law. Unfounded or trivial allegations will be given short shrift. In this case, however, the trial judge found that the departure from the expected standard was neither unfounded nor trivial. The extent of the departure was deeply troubling. The trial judge has much experience in the practicalities of criminal prosecutions. We are thus confronted in this case with a very exceptional set of facts.

The police investigate. Their task is to assemble evidence and, assessing it as dispassionately as they can, determine whether in their view it provides reasonable and probable grounds to lay charges. The prosecutors provide the initial checks and balances to the power of the police. As the late Mr. Justice Arthur Martin observed in his *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"), at p. 117, "[a]s ministers of justice, their ultimate task is to see that the public interest is served, in so far as it can be, through the use, or non-use, of the criminal courts" (emphasis added). Further (at pp. 117-18):

Discharging these responsibilities, therefore, inevitably requires Crown counsel to take into account many factors, discussed above, that may not necessarily have to be considered by even the most conscientious and responsible police officer preparing to swear an information charging someone with a criminal offence.

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.

Ces exigences établissent une norme élevée. Les tribunaux présument avec raison, étant donné la haute tradition du service du ministère public au Canada, que ces exigences sont respectées dans les milliers de décisions prises chaque jour qui ont une incidence si vitale sur la vie des personnes qui, à tort ou à raison, ont des démêlés avec la justice. Les allégations dénuées de fondement ou frivoles sont expédiées promptement. En l'espèce toutefois, le juge du procès a conclu que la dérogation à la norme prévue n'était ni dénuée de fondement, ni frivole. L'ampleur de cette dérogation était profondément troublante. Le juge du procès a beaucoup d'expérience en ce qui a trait aux aspects pratiques des poursuites pénales. C'est donc un ensemble de faits très exceptionnels qui nous est soumis.

La police procède à des enquêtes. Ses membres ont pour tâche de recueillir la preuve et, en l'évaluant le plus impartialement possible, de déterminer si, selon eux, elle fournit des motifs raisonnables et probables de porter des accusations. Les procureurs de la Couronne fournissent les premiers freins et contrepoids au pouvoir de la police. Pour reprendre les propos de feu le juge Arthur Martin dans le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (« Rapport Martin »), p. 117, [TRADUCTION] « [e]n leur qualité de représentants de la justice, leur tâche ultime consiste à veiller à ce que l'intérêt public soit servi, dans toute la mesure possible, par le recours ou l'absence de recours aux tribunaux criminels » (je souligne). Il a ajouté, aux p. 117-118 :

[TRADUCTION] Pour s'acquitter de ces responsabilités, le procureur de la Couronne doit donc inévitablement tenir compte de nombreux facteurs, susmentionnés, que le policier le plus consciencieux et le plus responsable qui se prépare à déposer sous serment une dénonciation inculquant quelqu'un d'une infraction criminelle n'est pas nécessairement tenu d'examiner.

158

159

160 The Crown prosecutor thus stands as a buffer between the police and the citizen. As the Martin Report emphasized, at p. 39:

. . . separating the investigative and prosecutorial powers of the state is an important safeguard against the misuse of both. Such separation of power, by inserting a level of independent review between the investigation and any prosecution that may ensue, also helps to ensure that both investigations and prosecutions are conducted more thoroughly, and thus more fairly. [Emphasis added.]

161 The appellant was as much entitled to this “level of independent review” as any other suspect. The trial judge concluded that the distinct roles of the Crown Attorney and the police became blurred and “homogenized”. In the result, the appellant was deprived of the institutional protection to which he was, and is, entitled. This is how the trial judge put this crucial finding of fact (at para. 122):

The Crown states that it was not involved in the investigation and I accept this. However it is clear to me that the Crown was integrally immersed in the decision-making process as it applied to the laying of charges. In so doing it became heavily involved with interviewing potential complainants. Unlike Mr. Pearson, they did not critically review a police report. Instead they collaborated fully with the police to create what in essence became a joint charging decision. Cooperation led to consensus, but only at the expense of the process which became homogenized. Thus the applicant was denied that hard objective second look (at the charging decision) which is so fundamental to the role of the Crown. [Emphasis added.]

162 These are findings of fact for which there was ample evidence.

163 No reason has been shown, in my view, for any interference in these findings of fact either by the Nova Scotia Court of Appeal or by this Court.

2. The “Residual Category” of the Law on Abuse of Process

164 The jurisprudence is clear that a fair trial cannot always cure an earlier default that taints the integrity

Le procureur de la Couronne sert donc de tampon entre la police et le citoyen. Comme l’a souligné le Rapport Martin, à la p. 39 :

[TRADUCTION] . . . la séparation des pouvoirs d’enquête et de poursuite de l’État constitue une importante garantie contre l’abus de l’un et de l’autre. En établissant un niveau de contrôle indépendant entre l’enquête et toute poursuite susceptible de s’ensuivre, une telle séparation des pouvoirs permet aussi de faire en sorte que les enquêtes comme les poursuites sont effectuées de façon plus complète et, partant, plus équitable. [Je souligne.]

L’appelant avait autant droit à ce [TRADUCTION] « niveau de contrôle indépendant » que tout autre suspect. Le juge du procès a conclu que les rôles distincts du procureur de la Couronne et de la police étaient devenus flous et [TRADUCTION] « homogénéisés ». Cela a eu pour effet de priver l’appelant de la protection institutionnelle à laquelle il avait et il a toujours droit. Le juge du procès a énoncé cette conclusion de fait cruciale en ces termes (au par. 122) :

[TRADUCTION] Le ministère public déclare ne pas avoir participé à l’enquête, et je le reconnais. Toutefois, il me semble évident que le ministère public a été pleinement associé au processus décisionnel concernant le dépôt des accusations. Ce faisant, il a beaucoup participé aux entrevues auprès de plaignantes potentielles. Contrairement à M^c Pearson, les procureurs n’ont pas examiné un rapport de police d’un œil critique. Ils ont plutôt collaboré entièrement avec la police à la création de ce qui est essentiellement devenu une décision commune concernant l’inculpation. La collaboration a mené à un consensus, mais uniquement au prix de l’homogénéisation du processus. En conséquence, le requérant a été privé de cet examen rigoureux et objectif (de la décision de porter des accusations) qui est si essentiel au rôle du ministère public. [Je souligne.]

Ces conclusions de fait se fondaient sur une preuve abondante.

À mon avis, aucun motif justifiant que la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse ou notre Cour modifie ces conclusions de fait n’a été établi.

2. La « catégorie résiduelle » de l’abus de procédure

La jurisprudence établit clairement qu’un procès équitable ne peut pas toujours corriger un

of the justice system. In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, it was said at para. 73 that there is a

residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

The common law had developed a doctrine of abuse of process long before the *Charter*. In Canada it is sometimes traced to *In re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140. A rationale of the common law doctrine was adopted in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, in terms that are pertinent here, at p. 136:

Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:

Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.

E. Prosecutorial Discretion

The trial judge in this case was careful not to understate or diminish the broad scope traditionally and properly afforded to prosecutorial discretion. Courts are very slow to second-guess the exercise of that discretion and do so only in narrow circumstances. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, for

manquement qui mine l'intégrité du système de justice. Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, notre Cour a dit, au par. 73, qu'il existe une

catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

La common law avait élaboré une théorie de l'abus de procédure longtemps avant l'adoption de la *Charte*. Au Canada, on fait parfois remonter celle-ci à l'arrêt *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140. Notre Cour a reconnu une raison d'être de la théorie de common law en des termes qui sont pertinents en l'espèce, dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 136 :

Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l'existence d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire d'ordonner une suspension d'instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice à l'accusé, dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354 :

[TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s'en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l'emploi abusif de leur procédure? N'ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu'on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu'une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans l'application de la loi.

E. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite

En l'espèce, le juge du procès a pris soin de ne pas minimiser ni réduire la vaste portée attribuée traditionnellement et à bon droit au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Les tribunaux hésitent longtemps à remettre en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, et ne le font que dans

165

166

example, the Court noted that a system which did not confer a broad discretion on law enforcement and prosecutorial authorities would be unworkable, *per La Forest J.*, at p. 410:

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

See also: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348.

167 Still, the corollary to these extensive discretionary powers is that they must be exercised with objectivity and dispassion. This principle has found its way into the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct* (1988); see chapter IX, "The Lawyer as Advocate", s. 9 (Duties of Prosecutor):

The prosecutor exercises a public function involving much discretion and power and must act fairly and dispassionately.

168 Because the exercise of prosecutorial discretion is, within broad limits, effectively non-reviewable by the courts, it is all the more imperative that the discretion be exercised in a fair and objective way. Where objectivity is shown to be lacking, corrective action may be necessary (as here) to protect what *O'Connor* referred to as "the integrity" of the criminal justice system.

169 Wilson J., in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, developed the notion that abuse of process in this regard does *not* require a demonstration of

des circonstances très limitées. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, par exemple, notre Cour a noté qu'un système qui ne conférerait pas un vaste pouvoir discrétionnaire aux instances chargées d'appliquer la loi et d'engager des poursuites ne pourrait fonctionner. Le juge La Forest s'est exprimé ainsi, à la p. 410 :

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Voir également : *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 686; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 348.

Cependant, le corollaire de ces vastes pouvoirs discrétionnaires est qu'ils doivent être exercés avec objectivité et impartialité. On retrouve ce principe dans le *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien (1988) : voir ch. IX, « L'avocat en tant que tel », art. 9 (Devoirs du procureur de la Couronne) :

L'avocat de la poursuite est investi de fonctions publiques assorties de larges pouvoirs discrétionnaires : il doit en conséquence agir de façon sereine et juste.

Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est en réalité, dans une grande mesure, à l'abri du contrôle judiciaire, il importe d'autant plus qu'il soit exercé d'une façon juste et objective. Lorsqu'un manque d'objectivité est établi, il peut être nécessaire d'adopter des mesures correctives (comme en l'espèce) pour protéger ce qu'on appelle, dans l'arrêt *O'Connor*, « l'intégrité » du système de justice pénale.

Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, madame le juge Wilson a expliqué qu'un abus de procédure à cet égard *ne* nécessite *pas* que soit

prosecutorial bad faith. She wrote that courts should look at all relevant factors. “To define ‘oppressive’ as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. . . . Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account . . .” (p. 659).

In the present case, the overriding concern was the failure of the proper and usual institutional checks and balances.

The fact that *O’Connor* brought together the two streams of jurisprudence relating to abuse of power — the common law with its emphasis on the integrity of the criminal justice system and the *Charter* with its emphasis on individual rights — did not diminish judicial preoccupation with the integrity of the process. It was fairly observed in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, that cases of abuse of process that do *not* involve fair trial rights or other individual rights and freedoms can be expected to be few in number. This is because despite the fact that errors are made, the institutional *integrity* of our system of justice is rarely called into question successfully.

In my view, the Crown did not demonstrate that in finding an abuse of process in this case the trial judge either misdirected himself or that “his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice” (*Elsom, supra*, at p. 1375).

I agree with Freeman J.A. in dissent when he said, at para. 5, that:

The prominence of the accused and the high level of media interest in the case called for a disciplined and dispassionate approach by the Crown to ensure a perception that Mr. Regan was treated as even-handedly as any citizen has a right to expect. Instead the trial judge identified a number of lapses of judgment indicative of over-zealousness by the police and the Crown, three of which figured in his decision to stay what were considered to be

démontrée la mauvaise foi de la poursuite. Elle a écrit que les tribunaux devraient prendre en considération tous les facteurs pertinents. « À mon avis, donner au mot “oppressive” une définition exigeant qu’il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l’application du principe [. . .] La conduite blâmable de la poursuite et l’existence d’un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu’un tribunal doit prendre en considération . . . » (p. 659).

En l’espèce, le facteur le plus préoccupant était l’absence des freins et contrepoids institutionnels habituels.

Le fait que l’arrêt *O’Connor* ait harmonisé les deux courants jurisprudentiels portant sur l’abus de procédure — la common law qui met l’accent sur l’intégrité du système de justice pénale et la *Charte* qui met l’accent sur les droits individuels — n’a pas atténué la préoccupation judiciaire au sujet de l’intégrité du processus. On a souligné à bon droit dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, que les cas d’abus de procédure qui *ne violent pas* le droit à un procès équitable ou d’autres droits et libertés de la personne seront vraisemblablement peu nombreux. Il en est ainsi parce que, même si des erreurs sont commises, il est rare qu’on réussisse à mettre en doute l’*intégrité* institutionnelle de notre système de justice.

À mon avis, le ministère public n’a pas démontré qu’en concluant à l’existence d’un abus de procédure en l’espèce, le juge du procès « s’est fondé sur des considérations erronées en droit » ni que « sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Elsom, précité*, p. 1375).

Je suis d’accord avec le juge Freeman lorsqu’il dit dans ses motifs dissidents, au par. 5 :

[TRADUCTION] Le fait que l’accusé soit une personne en vue et le grand intérêt que les médias portaient à l’affaire commandaient une approche disciplinée et impartiale de la part du ministère public pour garantir qu’on perçoive que M. Regan était traité avec l’impartialité à laquelle tout citoyen est en droit de s’attendre. Au lieu de cela, le juge du procès a relevé plusieurs erreurs de jugement constituant des indices d’un excès

170

171

172

173

lesser charges to preserve the reputation of the administration of justice.

de zèle de la part de la police et des procureurs de la Couronne, dont trois figurent dans sa décision de suspendre les accusations qu'il considérait moins graves, afin de préserver la réputation de l'administration de la justice.

174 As Freeman J.A. points out, the specific lapses were considered "indicative" (not exhaustive) of over-zealousness.

Comme le souligne le juge Freeman, les manquements précis étaient considérés comme des [TRADUCTION] « indices » (non exhaustifs) d'un excès de zèle.

F. *Addressing the Symptoms*

F. *Le traitement des symptômes*

175 Much of the reasons for judgment of the majority in the Nova Scotia Court of Appeal is devoted to pointing out what the trial judge did *not* find, or alleged inconsistencies in what he *did* find. In my view, with respect, the reasons of the trial judge read as a whole by a mind willing to understand are consistent and coherent. As stated, I disagree with the effort to divide his reasons into airtight compartments and then isolate and attack the compartments one by one. Nevertheless, I proceed with a consideration of the symptoms listed by the trial judge and addressed by the Court of Appeal in the order in which they arose in the earlier judgments.

Une grande partie des motifs du jugement de la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est consacrée à relever les conclusions que le juge du procès *n'a pas* tirées, ou de supposées incohérences dans celles qu'il *a effectivement* tirées. J'estime pour ma part que les motifs du juge du procès, lorsqu'on les lit dans leur ensemble et avec la volonté de les comprendre, sont logiques et cohérents. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, je ne suis pas d'accord avec le fait de diviser ses motifs en compartiments étanches, pour ensuite isoler et attaquer chacun de ces compartiments à tour de rôle. Je passerai toutefois en revue les symptômes énumérés par le juge du procès et examinés par la Cour d'appel dans l'ordre dans lequel ils ont été soulevés dans les jugements précédents.

1. Police Misconduct

1. La conduite répréhensible de la police

176 The trial judge rejected almost all of the appellant's allegations of misconduct against the police, including the allegedly "premature" formation of a task force to investigate rumours and journalistic speculation about the appellant's behaviour, allegedly questionable investigative techniques, missing evidence and arrest procedures. He was nevertheless "troubled" by the "serious error in judgment" (para. 87) by the police in confirming that the appellant was under investigation before any of the complainants had been interviewed let alone charges laid. This was contrary to the express direction of the provincial Solicitor General's Department dated February 6, 1990:

Le juge du procès a rejeté pratiquement toutes les allégations de conduite répréhensible de la police formulées par l'appelant, notamment la supposée formation « prématurée » d'un groupe de travail chargé d'enquêter sur des rumeurs et thèses journalistiques au sujet du comportement de l'appelant, des techniques d'enquête censément douteuses, des éléments de preuve manquants et des procédures d'arrestation. Il a néanmoins été [TRADUCTION] « préoccupé » par la [TRADUCTION] « grave erreur de jugement » (par. 87) commise par la police lorsqu'elle a confirmé que l'appelant était visé par une enquête avant même que des plaignantes aient été interrogées et encore moins que des accusations aient été portées. Cela contrevenait aux directives expresses du bureau du solliciteur général de la province en date du 6 février 1990 :

3. No police official shall disclose the fact of a police investigation, other than on a need-to-know basis within the Police Department, so as to maintain confidentiality and secrecy respecting the identity of a person who is the subject of an investigation.

The disclosure was not a slip. The trial judge found that the police officer checked with his superior officer before making the disclosure and issued the disclosure in the form of a press release. The effect, as pointed out by Freeman J.A., was that “[t]he story made national headlines some 17 months before charges were laid” (para. 24).

The majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal considered this event to be largely irrelevant to the issues under appeal because it relates to the police, not the prosecutors. I disagree. What this incident should have indicated to the Crown Attorney’s office was that the police perceived themselves to be under a great deal of public pressure and that a “hard objective second look” at any charges ultimately laid would be of the highest importance to the fair and even-handed administration of justice. It is in such situations that the system of checks and balances is most severely tested.

2. Conduct of the Crown Prosecutors

There were three aspects, in particular, of the conduct of the prosecutors that indicated to the trial judge that the system of checks and balances did not operate in this case.

(a) *Judge Shopping*

The first aspect was the apparent willingness of the Senior Crown Attorney on the case, Ms. Susan Potts, to manipulate the court system to advantage the prosecution. This emerged in the RCMP minute of a meeting on July 15, 1994 between the Crown Attorney and RCMP investigators where she advocated judge shopping, i.e., using the Crown’s scheduling privilege to get the case before a judge of its

[TRADUCTION] 3. Aucun agent de police ne peut divulguer le fait d’une enquête policière, sauf selon le principe de connaissance sélective au sein du service de police, de façon à protéger la confidentialité et le secret quant à l’identité de toute personne faisant l’objet d’une enquête.

La divulgation n’était pas l’effet d’une simple étourderie. Le juge du procès a constaté que l’agent de police avait consulté son supérieur avant de procéder à la communication et qu’il l’avait diffusée sous forme de communiqué de presse. Comme l’a souligné le juge Freeman, cela a eu pour résultat que [TRADUCTION] « [l]a nouvelle a fait les manchettes nationales quelque 17 mois avant que des accusations soient portées » (par. 24).

Dans son jugement majoritaire, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a estimé que cet événement était en grande partie dénué de pertinence à l’égard des questions soulevées en appel parce qu’il implique la police et non les procureurs de la Couronne. Je ne suis pas d’accord. Cet incident aurait dû indiquer au bureau du procureur de la Couronne que les policiers sentaient beaucoup de pression de la part du public et qu’un [TRADUCTION] « examen rigoureux et objectif » de toutes les accusations qui seraient éventuellement portées serait d’une importance capitale pour assurer une administration équitable et impartiale de la justice. C’est dans de telles situations que le système de freins et de contrepoids est le plus durement mis à l’épreuve.

2. La conduite des procureurs de la Couronne

Trois aspects en particulier de la conduite des procureurs de la Couronne ont indiqué au juge du procès que le système de freins et contrepoids n’avait pas fonctionné en l’espèce.

a) *La recherche d’un juge accommodant*

Le premier aspect était la volonté apparente de la procureure principale de la Couronne affectée à l’affaire, M^e Susan Potts, de manipuler le système judiciaire en faveur de la poursuite. Cette volonté ressort du compte rendu donné par la GRC d’une réunion tenue le 15 juillet 1994 entre la procureure de la Couronne et les enquêteurs de la GRC, au cours de laquelle la procureure a préconisé la

177

178

179

own choosing, a practice which undermines both the reality and the appearance of the impartial administration of justice. The RCMP minute reads:

There was some discussion in regards to where charges are laid and an appearance by Regan in court. [Crown counsel] Potts said that Judge Randall is sitting in Sept and it is not advisable to bring the matter before him — political appointment (Liberals). Oct may be the appropriate month. Potts is to keep monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest. [Emphasis added.]

180 The trial judge considered the note important because of what it revealed, namely that the Senior Crown Attorney with day-to-day responsibilities for the case had identified herself with the police point of view, and was “attempting to secure a conviction at all costs”. The trial judge wrote (at para. 101):

This entry represents a blatant attempt at judge shopping, pure and simple. It is offensive and most troubling. The reference to avoiding a particular judge is one distressing thing, the flagrant attempt at “*monitoring the court docket to see who is sitting when and what would be in our best interest*” [emphasis added by MacDonald A.C.J.] is even more disturbing. This gives the appearance of a Crown Attorney who is attempting to secure a conviction at all costs. [Emphasis added.]

181 The Nova Scotia Court of Appeal pointed out that eventually Ms. Potts left the case in 1996. This is true, but the trial judge was concerned about the absence of an objective view at the time the charges were laid, at which point (for example, the critical meeting with the RCMP on January 17, 1995) Ms. Potts was very much the heart and sinews of the prosecution team. The Crown says that the “judge shopping” comment was neither repeated nor acted on. We do not know this. The appellant attempted to subpoena Ms. Potts to testify at the abuse of process hearing but it seems that

recherche d’un juge accommodant, c’est-à-dire l’utilisation par la Couronne de son privilège de fixation d’une date afin que l’affaire soit entendue par un juge de son choix, pratique qui mine en réalité comme en apparence le caractère impartial de l’administration de la justice. Voici ce que dit le compte rendu de la GRC :

[TRADUCTION] Il y a eu un échange au sujet de l’endroit où porter des accusations et de la comparution de M. Regan devant le tribunal. [La procureure de la Couronne] Potts a dit que le juge Randall siège en septembre et qu’il n’est pas souhaitable que l’affaire soit portée devant lui — nomination politique (libéraux). Le mois d’octobre peut être approprié. M^c Potts entend surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand, et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt. [Je souligne.]

Le juge du procès a considéré que cette note avait de l’importance en raison de ce qu’elle révélait, à savoir que la procureure principale de la Couronne affectée à la gestion courante de l’affaire s’était identifiée au point de vue de la police et [TRADUCTION] « tentait d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix ». Le juge du procès a écrit (au par. 101) :

[TRADUCTION] Cette mention représente purement et simplement une tentative flagrante de recherche d’un juge accommodant. Elle est choquante et très préoccupante. Si l’allusion à la possibilité d’éviter un juge en particulier est désolante, la tentative flagrante de « *surveiller le rôle de la cour pour voir qui siège quand, et déterminer ce qui serait dans notre meilleur intérêt* » [italiques ajoutés par le juge en chef adjoint MacDonald] est encore plus inquiétante. Elle projette l’image d’un procureur de la Couronne qui tente d’obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. [Je souligne.]

La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a souligné le fait que M^c Potts a cessé de s’occuper de l’affaire en 1996. C’est vrai, mais le juge du procès s’inquiétait de l’absence d’un point de vue objectif au moment de l’inculpation, période au cours de laquelle (la rencontre critique du 17 janvier 1995 avec la GRC en constituant un exemple) M^c Potts était l’âme et la force de l’équipe de la poursuite. Le ministère public dit que le commentaire sur la « recherche d’un juge accommodant » n’a pas été repris et est demeuré sans suite. Nous n’en savons rien. L’appellant a tenté de citer

her appearance was successfully blocked by Crown objections.

(b) *Joining Forces with the Police*

A few years before the investigation in this case, the prosecutorial branch in Nova Scotia was severely shaken by the findings of the *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (the “Marshall Report”). In the course of inquiring into the wrongful conviction of Mr. Marshall, the Royal Commission found instances of political interference in charging decisions and differential treatment as between prominent citizens and the disadvantaged. The Marshall Report therefore recommended that the problems historically experienced in Nova Scotia be addressed by maintaining a “distinct line” between the police and the Crown law office (at p. 232):

We recognize that cooperative and effective consultation between the police and the Crown is also essential to the proper administration of justice. But under our system, the policing function — that of investigation and law enforcement — is distinct from the prosecuting function. We believe the maintenance of a distinct line between these two functions is essential to the proper administration of justice. [Emphasis added.]

The accepted practice in Nova Scotia in the 1994-95 time period (i.e., the “local custom”) was set out in a report submitted to the Minister of Justice for Nova Scotia concerning the status of the Public Prosecution Service in 1994, in which Professors Ghiz and Archibald of Dalhousie Law School stated as follows:

In some Canadian jurisdictions, and in Nova Scotia prior to the Marshall Inquiry, prosecutors claimed the authority to direct the police in their general investigative duties (as well prior to as after the laying of charges), and sometimes purported to have the authority to order the police not to lay charges in specific cases. Pursuant to recommendations 36 and 37 of the Marshall Inquiry, as adopted by the Attorney General and the then Solicitor

M^e Potts à témoigner lors de l’audience relative à l’abus de procédure, mais il semble que les objections de la Couronne aient réussi à empêcher sa comparution.

b) *Cause commune avec la police*

Quelques années avant l’enquête dans la présente affaire, le ministère public en Nouvelle-Écosse a été fortement secoué par les conclusions du rapport *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989) (« Rapport Marshall »). Au cours de son enquête sur l’erreur judiciaire ayant entraîné la condamnation de M. Marshall, la Commission royale a décelé des cas d’ingérence politique dans des décisions concernant l’inculpation et d’inégalité dans le traitement des citoyens selon qu’il s’agissait de personnes en vue ou défavorisées. Le Rapport Marshall a donc recommandé qu’on s’attaque aux problèmes survenus par le passé en Nouvelle-Écosse en maintenant une [TRADUCTION] « ligne de démarcation nette » entre la police et le bureau du procureur général (à la p. 232) :

[TRADUCTION] Nous reconnaissons qu’une consultation marquée par la coopération et l’efficacité entre la police et le ministère public est aussi essentielle à la bonne administration de la justice. Toutefois, dans notre système, la fonction policière — la fonction d’enquête et d’application de la loi — est distincte de la fonction de poursuivant. Nous croyons que le maintien d’une ligne de démarcation nette entre ces deux fonctions est essentielle à la bonne administration de la justice. [Je souligne.]

La pratique acceptée en Nouvelle-Écosse au cours de la période 1994-1995 (c.-à-d. la « coutume locale ») a été exposée dans un rapport soumis au ministre de la Justice de la Nouvelle-Écosse sur l’état du service du ministère public en 1994. Les professeurs Ghiz et Archibald de la faculté de droit de Dalhousie y ont écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans certains ressorts canadiens, et en Nouvelle-Écosse avant l’enquête Marshall, les procureurs de la Couronne prétendaient être habilités à orienter les policiers dans leurs fonctions générales d’enquête (avant comme après le dépôt d’accusations), et parfois être habilités à ordonner à la police de ne pas porter d’accusation dans des cas particuliers. Conformément aux recommandations 36 et 37 de l’enquête Marshall,

General, there is now a clearer understanding of the importance of separating the policing and prosecution functions. Fundamentally, one might say the police have the right to investigate and lay charges unimpeded by Crown Prosecutors, while Prosecutors have the right to stop charges once laid. However, there is often a need for both pre-charge and post-charge consultation since the normal scenario is a cooperative rather than antagonistic relationship between Crowns and police, both of whom share common goals in the administration of criminal justice. The nature of this advice sought by police and given by Crowns is usually limited as to the appropriateness of a specific charge under the *Criminal Code* or the interpretation of a *Criminal Code* section, but the advice may also extend to whether or not certain evidence that has been gathered would be sufficient to sustain a case in court. [Emphasis in original.]

(J. A. Ghiz and B. P. Archibald, *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation* (1994), at pp. 41-42)

telles qu'elles ont été adoptées par le Procureur général et par le Solliciteur général d'alors, l'importance de maintenir une séparation entre les fonctions de la police et celles de la poursuite est mieux comprise aujourd'hui. Fondamentalement, l'on peut dire que la police a le droit d'enquêter et de porter des accusations sans en être empêchée par les procureurs de la Couronne, tandis que les procureurs ont le droit de retirer des accusations après leur dépôt. Toutefois, il arrive souvent qu'ils doivent se consulter avant comme après le dépôt des accusations puisque le rapport normal entre les procureurs de la Couronne et la police est de type coopératif plutôt qu'antagonique, les deux services partageant des buts communs dans l'administration de la justice pénale. La nature de l'avis sollicité par la police et donné par les procureurs de la Couronne se limite habituellement à l'opportunité de déposer un chef d'accusation particulier en vertu du *Code criminel* ou à l'interprétation d'un article du *Code criminel*, mais l'avis peut aussi englober la question de savoir si certaines preuves qui ont été obtenues seraient suffisantes pour étayer une poursuite judiciaire. [Souligné dans l'original.]

(J. A. Ghiz et B. P. Archibald, *Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service : A Review and Evaluation* (1994), p. 41-42)

184 In my view, the Nova Scotia Court of Appeal did not meet the trial judge's point when it attempted to show that pre-charge involvement of Crown Attorneys with the police varies somewhat from province to province and cannot be regarded as in all circumstances and for all purposes objectionable. I agree that the test is a principled test (i.e., have objectivity and independence been maintained?) rather than mechanical (e.g., did the interview take place pre-charge or post-charge?), and that in principle the charging decision does not represent a "bright line" prior to which the involvement of a Crown Attorney is presumptively suspect.

À mon avis, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse n'a pas saisi le point de vue du juge du procès lorsqu'elle s'est efforcée de montrer que la coopération pré-inculpation des procureurs de la Couronne avec la police varie quelque peu d'une province à l'autre et ne peut être considérée comme répréhensible dans toutes les circonstances et à toutes fins. Je reconnais que le critère pertinent tient à des principes (c.-à-d. l'objectivité et l'indépendance nécessaires ont-elles été préservées?) et non à l'application d'une règle mécanique (c.-à-d. l'entrevue a-t-elle eu lieu avant ou après le dépôt des chefs d'accusation?), et que, en principe, la décision de porter des accusations ne représente pas une « ligne de démarcation très nette » en deçà de laquelle la participation d'un procureur de la Couronne est présumée suspecte.

185 Moreover, I agree with my colleague LeBel J., at para. 83, that:

De plus, je suis d'accord avec mon collègue le juge LeBel, au par. 83, pour dire que :

... pre-charge Crown interviews may advance the interests of justice (see below), and because the pre- versus

... ces entrevues [pré-inculpation par le ministère public] peuvent servir les intérêts de la justice (voir plus

post-charge distinction may distract attention away from the necessary vigilance to maintain objectivity throughout the proceedings. [Emphasis in original.]

The trial judge's concern was a principled concern. He deplored what he found to be the absence of independence and objectivity on the part of Ms. Potts and her colleagues in the Crown office working on this case. Those who engaged in the pre-charge interviews had acquired, for whatever reason, tunnel vision under the pressures of a high profile investigation of a politically prominent individual.

The trial judge was not opposed to the pre-charge involvement of the Crown. He had no trouble, for example, with the pre-charge involvement of Mr. Pearson, the Director of Public Prosecutions. He stated his concern more narrowly (at para. 121):

The crucial issue before me is a more narrow one. It involves firstly, the Crown's determination to interview complainants pre-charge and secondly, the impact of that process on the number and types of charges that were ultimately laid. [Emphasis added.]

Some of the trial judge's observations on the dangers of interviewing complainants pre-charge may have gone beyond the "narrow" issue he had identified for himself. I do not, for example, think he should be taken to say that pre-charge interviews *necessarily* give rise to a loss of objectivity. Not only did he endorse pre-charge interviews for certain limited purposes but he was dealing with a loss of objectivity that pre-dated even the initial Crown interviews. Ms. Potts made the judge-shopping comment on July 15, 1994, but she did not begin her interviews of the complainants until over four months later, on November 17, 1994.

Taking his reasons as a whole, the trial judge appeared to accept (as I do) the correctness of the evidence of Dr. Philip Stenning, which the

loin) et [. . .] la distinction entre les entrevues antérieures et postérieures au dépôt des accusations est susceptible de détourner l'attention de la vigilance nécessaire au maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures. [Souligné dans l'original.]

La préoccupation du juge du procès s'appuyait sur des principes. Il déplorait l'absence d'indépendance et d'objectivité qu'il avait constatée de la part de M^e Potts et de ses collègues du bureau du ministère public affectés à l'affaire. Ceux qui avaient participé aux entrevues pré-*inculpation* avaient adopté, pour une raison ou une autre, une vision étroite des choses sous les pressions d'une enquête fortement médiatisée visant une personnalité politique très en vue.

Le juge du procès ne s'opposait pas à la participation pré-*inculpation* du ministère public. Pour lui, par exemple, la participation pré-*inculpation* de M^e Pearson, directeur des poursuites criminelles, ne posait aucun problème. Il a circonscrit sa préoccupation en ces termes (au par. 121) :

[TRADUCTION] La question cruciale dont je suis saisi est plus circonscrite. Elle porte en premier lieu sur la détermination du procureur de la Couronne à interroger les plaignantes avant le dépôt des accusations, puis, en deuxième lieu, sur l'effet de ce processus sur le nombre et les types d'accusations qui ont finalement été portées. [Je souligne.]

Certaines des observations du juge du procès sur les dangers d'interroger des plaignantes avant l'*inculpation* peuvent avoir dépassé la question « circonscrite » qu'il avait identifiée comme objet de son examen. Je ne pense pas, par exemple, qu'il a voulu dire que les entrevues pré-*inculpation* entraînent *nécessairement* une perte d'objectivité. Non seulement il a approuvé la tenue d'entrevues pré-*inculpation* à certaines fins limitées, mais il était saisi d'une perte d'objectivité antérieure même aux premières entrevues menées par les procureurs de la Couronne. M^e Potts a fait le commentaire sur la recherche d'un juge accommodant le 15 juillet 1994, mais elle n'a entrepris ses entrevues auprès des plaignantes que quatre mois plus tard, le 17 novembre 1994.

Si l'on tient compte de l'ensemble de ses motifs, le juge du procès semble avoir accepté (comme je le fais) la justesse de la déposition de M. Philip

186

187

188

189

trial judge summarized as follows (at paras. 115-16):

Dr. Philip Stenning was arguably the Crown's most qualified expert. He has dedicated his entire academic career to studying the role of the Crown and has published extensively on this topic. Like Mr. Gover, he feels it would be an over-simplification to decree that a prosecutor should never interview pre-charge. Everything must be placed in context he feels, and local customs must be acknowledged and respected. Despite what might be stated in the *Martin* and *Marshall Reports*, he feels there is still room for the Crown to interview pre-charge in appropriate circumstances.

... [He] does concede that such occasions would be rare.

190

The specific problems here, therefore, were breach of what Dr. Stenning termed a "local custom" of maintaining a distinct division of responsibilities that was perhaps more emphasized in Nova Scotia than elsewhere due to well-publicized problems with the Crown Attorney's office over the preceding ten years or so, and the problematic motive for the breach. As to the former, the trial judge's concern was not with cross-Canada variations but whether or not the Crown Attorneys in Nova Scotia observed the local rules that had been put in place following the Marshall Report. Their willingness to ignore the "distinct line" between their role and that of the police, accepted by Nova Scotia following the Marshall Report, showed a zeal for the laying of more charges that "homogenized" what were supposed to be distinct and separate functions. Instead of the police laying charges and the Crown providing a "hard objective second look", the Crown had subordinated itself and become a supporting actor in the initial charging decision, which the trial judge described as a "joint ... decision". As to motive, the trial judge recognized several legitimate reasons to interview a complainant pre-charge, for example, to prevent an accused "from going through the embarrassment (humiliation) of being charged only to later have the charges dropped or stayed" (para. 117), rapport building to encourage informed willingness to participate,

Stenning, qu'il a résumée de la façon suivante (aux par. 115-116) :

[TRADUCTION] Monsieur Philip Stenning était sans doute l'expert du ministère public le plus qualifié. Il a consacré toute sa carrière de chercheur à l'étude du rôle du ministère public et il a publié nombre de textes sur ce sujet. À l'instar de M. Gover, il pense que ce serait faire preuve de simplisme que de décréter qu'un procureur ne devrait jamais mener d'entrevues pré-inculpation. À son avis, tout doit être considéré dans son contexte, et les coutumes locales doivent être reconnues et respectées. Malgré ce qu'on peut en dire dans les *rapports Martin* et *Marshall*, il estime qu'il est encore loisible au ministère public de mener des entrevues pré-inculpation lorsque les circonstances s'y prêtent.

... [Il] concède que de telles occasions seraient rares.

Les problèmes particuliers en cause en l'espèce étaient, d'abord, une dérogation à ce que M. Stenning a appelé une [TRADUCTION] « coutume locale » consistant à maintenir une nette séparation entre les responsabilités, qui était peut-être plus accentuée en Nouvelle-Écosse qu'ailleurs par suite des problèmes très médiatisés que le bureau du procureur de la Couronne avait connus au cours de la décennie précédente, puis le motif problématique de la dérogation. En ce qui a trait au premier problème, le sujet de préoccupation du juge du procès n'était pas tant la diversité des pratiques à l'échelle du Canada que la question de savoir si les procureurs de la Couronne de la Nouvelle-Écosse avaient observé les règles locales établies dans la foulée du Rapport Marshall. Leur empressement à faire fi de la « ligne de démarcation très nette » entre leur rôle et celui de la police, acceptée par la Nouvelle-Écosse à la suite du Rapport Marshall, dénotait un zèle à porter davantage d'accusations qui a eu pour effet d'« homogénéiser » des fonctions censées demeurer distinctes et séparées. Au lieu de laisser à la police la tâche de porter des accusations et de s'acquitter de celle de procéder à un « examen rigoureux et objectif » des inculpations, le ministère public s'est subordonné pour s'attribuer un second rôle dans la décision initiale concernant l'inculpation, que le juge du procès a qualifiée de [TRADUCTION] « décision [. . .] commune ». En ce qui a trait au motif, le juge du procès a reconnu qu'il existait plusieurs raisons légitimes d'interroger un plaignant

or assessing victim credibility. He said (at para. 118):

The Crown in the case at bar has given its reasons for interviewing pre-charge. They include “rapport building” and assessing victim credibility. Yet, despite these stated intentions, it is clear according to one R.C.M.P. file reviewer that the purpose for at least some of these pre-charge Crown interviews was to have reluctant complainants change their minds and come forward. [Emphasis added.]

The purpose here, apparently, was not to “build rapport” with complainants who were worried about the court process, which would be a perfectly acceptable reason for a pre-charge interview. The trial judge saw the Crown involvement in “changing their minds” as simply another aspect of the Crown’s joining the police team rather than exercising a “level of independent review”. In this respect, he quoted (at para. 118) a contemporaneous RCMP internal note dated January 17, 1995, which recorded:

It is now the investigators and the Crown’s belief that if these persons could be re-interviewed with both the Crown Prosecutor and police investigator present there would be a greater chance of them changing their minds. [Emphasis added.]

This was to further the police strategy of a “broadly based prosecution”, as it was described by counsel for the Crown in this Court. In my view, the trial judge was correct in his criticism. If the charges were examined and approved one by one, the Crown might wind up with a “broadly based prosecution”, but the Crown ought not to start out with the objective of a broadly based prosecution and then *afterwards* look to approve individual charges to make

avant le dépôt des accusations, par exemple pour protéger l’accusé [TRADUCTION] « de l’embarras (l’humiliation) d’être accusé, alors que les accusations portées contre lui seront retirées ou suspendues » (par. 117), pour établir de bons rapports avec les plaignants afin de les inciter à décider, de façon éclairée, de participer à la poursuite ou pour apprécier la crédibilité des victimes. Il a dit (au par. 118) :

[TRADUCTION] Le ministère public a exposé en l’espèce les raisons pour lesquelles il avait mené des entrevues pré-inculpation. Elles comprennent « l’établissement de bons rapports » et l’appréciation de la crédibilité des victimes. Or, malgré ces intentions déclarées, il est clair, selon un membre de la GRC qui a révisé le dossier, que le but d’au moins certaines de ces entrevues pré-inculpation était de faire en sorte que des plaignantes réticentes changent d’idée et décident d’aller de l’avant. [Je souligne.]

Le but n’était apparemment pas ici d’« éta- 191
blir de bons rapports » avec des plaignantes qui éprouvaient de la crainte devant le processus judiciaire, ce qui aurait été une raison parfaitement valable de mener des entrevues pré-inculpation. Le juge du procès a vu dans la participation des procureurs de la Couronne visant à encourager les plaignantes à « changer d’idée » un autre aspect de la tendance des procureurs à s’associer à l’équipe de la police plutôt que d’assurer un [TRADUCTION] « niveau de contrôle indépendant ». Il a cité (au par. 118) à cet égard une note de service contemporaine de la GRC datée du 17 janvier 1995 portant que :

[TRADUCTION] Les enquêteurs et le ministère public croient maintenant que si ces personnes pouvaient être réinterrogées en présence à la fois du procureur de la Couronne et de la police, les chances qu’elles changent d’idée seraient bien meilleures. [Je souligne.]

Cela devait favoriser la stratégie de la police visant une [TRADUCTION] « poursuite fondée sur une large base », comme l’a décrite l’avocat du ministère public devant notre Cour. À mon avis, la critique faite par le juge du procès est fondée. Si les accusations avaient été examinées et approuvées à tour de rôle, le ministère public aurait peut-être fini par engager une « poursuite fondée sur une large base », mais le ministère public ne devrait pas viser au

it happen. This is what the trial judge criticized (at para. 123):

The Crown's role in response is to objectively assess the case globally. As ministers of justice they are to dispassionately protect the process which includes protecting the rights of the applicant. In this case the Crown did not review the investigators' charging decision. They became part of it. They interviewed all potential complainants. Their involvement became subjective by nature. Like the police, it is understandable that they would have strong feelings. Not surprisingly and as Mr. Reid confirmed, they eventually came to see the case the same way the police saw it. That would be fine if their review was totally objective; as was Mr. Pearson's. It becomes problematic when what was to be a review becomes a joint endeavour and a joint decision. That I believe is what happened in the case at bar.

192 On this point, Freeman J.A., dissenting, made the following comment, with which I agree (at para. 67):

While expert opinions varied as to the rare circumstances in which precharge interviews may be engaged in by the Crown without imperiling Crown objectivity, there was agreement that Crown objectivity itself was an essential component of Canadian justice. If such a value exists then it must have a home within the system, and there must be remedies for lapses.

In my opinion, such a value exists and its home is in s. 7 of the *Charter*.

193 The Crown's effort to lay the responsibility for all this on the head of Ms. Susan Potts is unconvincing. As mentioned, when the defence attempted to subpoena Ms. Potts to testify about the extent and depth of alleged loss of objectivity among the prosecutors, the Crown resisted and she never had the opportunity to explain her conduct to the court. I do not say the Crown's objections to her testimony were either unfounded or unreasonable. I say only that the Crown cannot draw a self-serving conclusion from this unfortunate situation when the

départ une poursuite fondée sur une large base puis, *par la suite*, chercher à approuver des accusations particulières afin d'y parvenir. C'est cette attitude que le juge du procès a critiquée (au par. 123) :

[TRADUCTION] Le rôle du ministère public en retour consiste à apprécier objectivement la cause de façon globale. À titre de représentants de la justice, les procureurs de la Couronne doivent protéger le processus avec impartialité, ce qui comprend la protection des droits du requérant. En l'espèce, les procureurs de la Couronne n'ont pas examiné la décision concernant l'inculpation prise par les enquêteurs. Ils s'y sont associés. Ils ont interrogé toutes les plaignantes potentielles. Leur participation est devenue subjective par nature. À l'instar des policiers, il était compréhensible qu'ils éprouvent de forts sentiments. Comme on pouvait s'y attendre et comme l'a confirmé M^e Reid, leur perception de l'affaire a fini par rejoindre celle des policiers. Cela ne porterait pas à conséquence si leur examen avait été totalement objectif, comme celui de M^e Pearson. Un problème surgit lorsque ce qui devrait être un contrôle cède la place à une entreprise commune et à une décision commune. Je crois que c'est ce qui s'est passé en l'espèce.

Sur ce point, le juge Freeman, dissident, a fait le commentaire suivant, auquel je souscris (au par. 67) :

[TRADUCTION] Même si les opinions d'experts divergeaient en ce qui a trait aux rares circonstances dans lesquelles les procureurs de la Couronne peuvent mener des entrevues pré-inculpation sans compromettre leur objectivité, il y avait accord sur le fait que l'objectivité des procureurs de la Couronne en soi est un élément essentiel de la justice canadienne. Si une telle valeur existe, elle doit trouver place dans le système et des recours doivent être possibles en cas de manquement.

À mon avis, une telle valeur existe et elle trouve place à l'art. 7 de la *Charte*.

La tentative du ministère public de faire porter la responsabilité de tout cela à M^e Susan Potts n'est pas convaincante. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, lorsque la défense a tenté de citer M^e Potts à témoigner au sujet de l'étendue et de la gravité de la perte d'objectivité alléguée de la part des procureurs de la Couronne, le ministère public s'y est opposé et celle-ci n'a jamais eu l'occasion d'expliquer sa conduite devant la cour. Je ne dis pas que les objections du ministère public à son témoignage étaient dénuées de fondement

critical evidence went unheard because of the Crown's objection.

(c) *Count 16*

This count related to a 24-year-old news reporter who says that in 1976 she was forcibly fondled by the appellant in a hotel room while being pushed onto a bed. She was unwilling to become involved as a complainant. The police wanted count 16 before the court because it would enable them to lead "similar fact" evidence of a more significant incident in Alberta in 1990. The police apparently thought this 1990 incident would add credibility to their "broadly based prosecution" strategy by making the series of charges appear less stale and more up to date. This strategy was reflected in Staff Sergeant Fraser's internal RCMP report of December 9, 1994:

The investigation surfaced many victims and charges to be laid should reflect the whole picture. The report, dated 94-06-28, from the Public Prosecution Service [the Pearson opinion] recommended that charges be laid in respect to four victims. This in effect shows that the subject was active in his early years however the investigation surfaced evidence to support the fact that the offenses continued throughout the period 1960-1990. For this reason, it was requested by C/Supt. FALKINGHAM that Crown review the evidence and consider laying charges in all instances so that the gravity of the subject's actions be properly presented to give the full picture.

The obstacle to this "full picture" strategy is that the only complainant more recent than 1978 was the Alberta allegation that could not be prosecuted in Nova Scotia. The Crown therefore decided to prosecute count 16 as a gateway to introduce the Alberta evidence, thereby extending by 12 years "the full picture".

ou déraisonnables. Je dis seulement que le ministère public ne peut tirer une conclusion intéressée de cette situation déplorable lorsque c'est par suite de son opposition qu'une preuve cruciale n'a pas été entendue.

c) *Le seizième chef d'accusation*

Ce chef a trait à une journaliste de 24 ans qui prétend avoir été caressée lascivement contre son gré par l'appelant qui l'a poussée sur un lit dans une chambre d'hôtel en 1976. Elle ne voulait pas être mêlée à l'affaire en qualité de plaignante. La police voulait saisir la cour du 16^e chef d'accusation pour pouvoir ainsi produire une preuve de « faits similaires » à l'égard d'un incident plus important survenu en Alberta, en 1990. La police estimait apparemment que l'incident de 1990 ajouterait de la crédibilité à sa stratégie de [TRADUCTION] « poursuite fondée sur une large base » en atténuant la caducité apparente de la série d'accusations et en les faisant paraître plus récentes. Cette stratégie trouve écho dans le rapport interne du sergent d'état-major Fraser de la GRC, en date du 9 décembre 1994 :

[TRADUCTION] L'enquête a mis au jour l'existence de nombreuses victimes et les accusations portées devaient refléter l'ensemble du tableau. Le rapport, daté du 94-06-28, du Service des poursuites criminelles [l'avis de M^{re} Pearson] a recommandé le dépôt d'accusations concernant quatre victimes. Cela montre en réalité que le sujet était actif dans ses jeunes années, mais l'enquête a fait ressortir des éléments de preuve pour appuyer le fait que les infractions se sont poursuivies pendant la période s'échelonnant de 1960 à 1990. Voilà pourquoi le surintendant principal FALKINGHAM a demandé aux procureurs de la Couronne d'examiner la preuve et d'envisager le dépôt d'accusations dans tous les cas, de sorte que la gravité des actes du sujet soit présentée adéquatement pour brosser un tableau complet.

L'obstacle à cette stratégie du « tableau complet » tient au fait que la seule plainte concernant des événements postérieurs à 1978 était l'allégation émanant de l'Alberta, qui ne pouvait donner lieu à une poursuite en Nouvelle-Écosse. Le ministère public a par conséquent décidé de poursuivre le 16^e chef d'accusation pour ouvrir la porte à la preuve de l'incident survenu en Alberta, élargissant ainsi le « tableau complet » de 12 années.

194

195

196

The majority judgment of the Nova Scotia Court of Appeal considered count 16 to be valid in its own right, and the trial judge's condemnation of the police strategy to be misconceived. Cromwell J.A. writes, at para. 140:

There is nothing inherently objectionable in the Crown considering questions of the admissibility of evidence and their impact on the prospects of conviction when deciding to proceed with charges.

I agree, but that is not the point taken by the trial judge. His concern with count 16, as was his concern with the judge-shopping comment and the pre-charge interviews, was the Crown's apparent inability or unwillingness to assert its independence from the police strategies. On count 16 the trial judge said (at para. 158):

Yet the Crown's goal as I see it was to have the jury hear and (presumably act upon) the complaint of A.R.S., a similar fact witness. Similar fact evidence is only admissible if relevant to proving the listed charge. You cannot lay a charge in order to get similar fact evidence in. Such a concept would be totally contrary to the very essence of this exclusionary rule.

197

In my view, the trial judge's concern was quite appropriate. Similar fact evidence is generally inadmissible but will be permitted where its probative value exceeds its prejudicial effect: *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 952, and *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735. The trial judge concluded that count 16 was to be used as a vehicle to get otherwise inadmissible evidence before the jury to extend and perhaps distort "the full picture". Whether or not a conviction was entered on count 16 was, according to the trial judge's finding of fact, of secondary importance to the police and the Crown. This was a reversal of the natural and proper order of considerations, and showed to his satisfaction that over-zealousness by the Crown was still operating more than a year after Ms. Potts left the case.

Dans son jugement majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le 16^e chef d'accusation est valide en soi et que le juge du procès a commis une erreur en condamnant la stratégie de la police. Le juge Cromwell a écrit, au par. 140 :

[TRADUCTION] Il n'y a rien de fondamentalement répréhensible à ce que le ministère public évalue l'admissibilité de la preuve et son effet sur les perspectives d'obtenir une déclaration de culpabilité pour décider de l'opportunité d'engager des poursuites.

Je suis d'accord, mais ce n'est pas ce dont se préoccupait le juge du procès. Sa préoccupation au sujet du 16^e chef d'accusation, tout comme sa préoccupation touchant la recherche d'un juge accommodant et les entrevues pré-inculpation, portait sur l'incapacité ou la réticence apparentes du ministère public à affirmer son indépendance par rapport aux stratégies de la police. Voici ce que le juge du procès a dit au sujet du 16^e chef d'accusation (au par. 158) :

[TRADUCTION] Pourtant le but du ministère public tel que je le perçois était de faire en sorte que le jury entende (pour vraisemblablement y donner suite) la plainte d'A.R.S., témoin de faits similaires. La preuve de faits similaires n'est admissible que si elle est pertinente pour ce qui est d'établir le chef inscrit. Vous ne pouvez porter une accusation afin d'introduire une preuve de faits similaires. Une telle notion serait en totale contradiction avec l'essence même de cette règle d'exclusion.

À mon avis, la préoccupation du juge du procès était fondée. La preuve de faits similaires est en général inadmissible, mais elle peut être permise si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable : *R. c. Sweitzer*, [1982] 1 R.C.S. 949, p. 952, et *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 735. Le juge du procès a conclu que le 16^e chef d'accusation devait servir comme moyen de soumettre au jury une preuve par ailleurs inadmissible afin d'étendre et peut-être de dénaturer le « tableau complet ». Que le 16^e chef d'accusation entraîne ou non une déclaration de culpabilité importait peu pour la police et le ministère public, selon la conclusion de fait qu'a tirée le juge du procès. Cette façon d'agir bouleversait l'ordre naturel et normal des facteurs à considérer et lui prouvait de façon concluante que l'excès de zèle du ministère public se manifestait encore un an après le retrait de M^e Potts du dossier.

(d) *Preferring the Direct Indictment*

The majority decision of the Nova Scotia Court of Appeal concluded that even if proper procedures were not followed in the laying of the charges in 1995 (and the subsequently added charges), the omission was cured by the preferral of the direct indictment on April 10, 1997. In this respect, Cromwell J.A. in a number of passages interprets the trial judge's decision as saying the "discretion to prefer a direct indictment, some two years after the initial charges were laid, was properly exercised" (para. 105 (emphasis added); see also paras. 143 and 173). The "cleansing effect" of the direct indictment is endorsed by my colleague LeBel J. at para. 109.

I think the so-called "cleansing effect" of a direct indictment is overstated. While s. 577(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires "the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General", the purpose of this provision is to engage the responsibility of senior officials, not necessarily to compel their sustained and undivided attention to the nuts and bolts of a prosecution. Under our notions of ministerial responsibility, much is done on the basis of the signature of a Minister or Deputy Minister that he or she could not possibly have reviewed in any detail. They rely (and it is expected that they rely) on advice from their officials. In this case, the officials were the very people whose conduct the appellant complains about.

The extracts of the record before us, which are restricted to factual matters relevant to the legal issues, exceed 1200 pages in length. I do not say that the Attorney General or his Deputy did not master the file, but I would require more evidence than we have been given before accepting as realistic the conclusion that they did so to the point of "cleansing" the failures in the system of checks and balances that had occurred earlier. This is particularly so when the real explanation for the direct indictment is perfectly clear. The direct indictment

d) *La mise en accusation directe*

Dans sa décision majoritaire, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que même si quelque irrégularité avait été commise dans le dépôt des accusations en 1995 (et des accusations qui s'y sont ajoutées par la suite), elle a été corrigée par la mise en accusation directe effectuée le 10 avril 1997. À cet égard, le juge Cromwell, dans nombre de passages, interprète la décision du juge du procès comme portant que [TRADUCTION] « le pouvoir discrétionnaire de procéder par voie de mise en accusation directe deux ans après les accusations initiales a été exercé à bon droit » (par. 105 (je souligne); voir aussi les par. 143 et 173). Mon collègue le juge LeBel reconnaît l'« effet correcteur » de la mise en accusation directe, au par. 109.

Je pense qu'on surestime ce que l'on appelle l'« effet correcteur » d'une mise en accusation directe. Bien que l'al. 577c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige « le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général », cette disposition a pour but d'engager la responsabilité de hauts fonctionnaires, et pas nécessairement de les obliger à accorder toute leur attention, de façon soutenue, aux multiples aspects pratiques d'une poursuite. Nos principes de responsabilité ministérielle veulent que beaucoup de mesures prises s'appuient sur la signature du ministre ou du sous-ministre, alors qu'ils ne peuvent les avoir toutes examinées en détail. Ils s'en remettent (et on s'attend à ce qu'ils s'en remettent) à l'avis de leurs fonctionnaires. En l'espèce, ces fonctionnaires sont les personnes mêmes dont l'appelant se plaint de la conduite.

Les extraits du dossier dont nous disposons, et qui se limitent aux questions factuelles pertinentes quant aux questions de droit, comptent plus de 1 200 pages. Je ne dis pas que le procureur général ou son sous-procureur ne maîtrisaient pas le dossier, mais je devrais disposer d'une preuve plus étoffée que celle qui nous a été soumise pour juger réaliste la conclusion selon laquelle ils le maîtrisaient au point de « corriger » les ratés du système de freins et contrepoids survenus plus tôt. Cela vaut particulièrement lorsque la véritable raison expliquant la mise

198

199

200

was recommended to the Attorney General because the preliminary hearing had run the better part of a year and showed no signs of an early conclusion.

en accusation directe est parfaitement claire. La mise en accusation directe a été recommandée par le procureur général parce que l'enquête préliminaire s'était étirée pendant une bonne partie de l'année sans que rien ne laisse présager qu'elle se terminerait sous peu.

201 In any event, I view the trial judge's finding on this point somewhat differently than did the Nova Scotia Court of Appeal majority. What the trial judge said, in fact (at para. 131), is that he was

Quoi qu'il en soit, ma perception de la conclusion tirée par le juge du procès sur ce point diffère quelque peu de celle de la majorité des juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. Ce que le juge du procès a dit, en fait (au par. 131), c'est qu'il n'était

not convinced that the Crown acted *mala fides* in its decision. The preliminary inquiry was very lengthy. If the Crown was so ill-motivated, it could have preferred the direct indictment at the outset or at least sooner than it did.

[TRADUCTION] pas convaincu que le ministère public a agi de mauvaise foi dans sa décision. L'enquête préliminaire a été très longue. Si le ministère public avait été si mal intentionné, il aurait pu procéder par voie de mise en accusation directe dès le début ou, du moins, plus tôt qu'il ne l'a fait.

202 A finding of *mala fides* or bad faith is not, of course, a condition precedent to finding an abuse of process: *Keyowski, supra*, at p. 659. The trial judge found that the Crown had not acted in bad faith to shut down a preliminary inquiry that had already run from April 9, 1996 to February 25, 1997. His comment about *mala fides* did not address and was not intended to address the appellant's much broader complaint of a failure by the Crown, for whatever reason, to review in an objective and even-handed way the appropriateness of the "minor" charges that Mr. Pearson had earlier rejected, and charges in the same category laid subsequently, in light of all the factors touching on the public interest. As to the direct indictment issue, I agree with Freeman J.A. in dissent (at para. 15):

Il n'est pas nécessaire que la mauvaise foi soit établie pour conclure à un abus de procédure : *Keyowski*, précité, p. 659. Le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas agi de mauvaise foi lorsqu'il a mis fin à une enquête préliminaire qui s'était déjà étirée du 9 avril 1996 au 25 février 1997. Son commentaire au sujet de la mauvaise foi n'avait ni pour effet ni pour but de répondre à la plainte de portée beaucoup plus large de l'appelant au sujet du défaut du ministère public, pour quelque raison que ce soit, d'examiner de façon objective et impartiale l'opportunité des accusations « mineures » que M^c Pearson avait rejetées antérieurement, et des accusations de la même catégorie portées par la suite, à la lumière de tous les facteurs liés à l'intérêt public. En ce qui a trait à la question de la mise en accusation directe, je suis d'accord avec les motifs dissidents du juge Freeman (au par. 15) :

Whether the decision was fixable at that stage [i.e., of the direct indictment] is not the issue. Justice MacDonald did not find it had been fixed.

[TRADUCTION] La question de savoir si la décision pouvait être corrigée à ce stade [c.-à-d. lors de la mise en accusation directe] n'est pas en cause. Le juge MacDonald n'a pas conclu qu'elle avait été corrigée.

203 In light of the trial judge's conclusion that the charging process was fundamentally flawed, and the fact that he eventually entered a stay against nine of the lesser charges, it is apparent that while he did not regard the direct indictment that cut short the

Compte tenu de la conclusion du juge du procès quant à l'irrégularité fondamentale du processus d'inculpation et du fait qu'il a finalement ordonné la suspension de la poursuite relativement à neuf des accusations les moins graves, il semble que,

preliminary inquiry as tainted with *mala fides* on that account, he nevertheless concluded that in limited respects it was inappropriate. He specifically so found in relation to count 16, which was not laid until the direct indictment, i.e., long after Ms. Potts had left the prosecution team.

The direct indictment in this case was not a cleanser. At best it was a missed opportunity.

I would not want to leave this branch of the case without repeating the apposite observations of McLachlin J. (as she then was) and Major J. in *Curragh, supra*. Although written in dissent, they are sentiments with which no member of the Court would disagree (at para. 120):

[I]t is especially where pursuit of truth is righteous that we must guard against overreaching on the part of those charged with the authority to investigate and prosecute crimes. We cannot be tolerant of abusive conduct and dispose of due process, however serious the crimes charged. High profile trials, by their nature, attract strong public emotions. In our society the Crown is charged with the duty to ensure that every accused person is treated with fairness. . . . When the Crown allows its actions to be influenced by public pressure the essential fairness and legitimacy of our system is lost. We sink to the level of a mob looking for a tree.

I would uphold in this case the trial judge's conclusion that the nine charges that he stayed represented, in all the circumstances, an abuse of process.

II. Stay of Proceedings

Demonstration of an abuse of process does not, of course, lead to an automatic stay of proceedings.

This is particularly true where, as here, the trial judge concluded that notwithstanding the passage of

même s'il n'a pas considéré la mise en accusation directe qui a mis fin à l'enquête préliminaire comme entachée de mauvaise foi, il n'en a pas moins conclu qu'elle était irrégulière. Il a expressément conclu en ce sens au sujet du 16^e chef d'accusation qui n'a été déposé qu'au moment de la mise en accusation directe, c'est-à-dire longtemps après que M^e Potts eut quitté l'équipe de la poursuite.

En l'espèce, la mise en accusation directe n'était pas un correctif. Il s'agissait, au mieux, d'une occasion manquée.

Je ne voudrais pas conclure sur cet aspect de l'affaire sans reprendre les remarques très à propos du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) et du juge Major dans l'arrêt *Curragh*, précité. Même si elles figurent dans des motifs dissidents, elles expriment une opinion à laquelle tous les membres de notre Cour acquiesceraient (au par. 120) :

[C]'est précisément lorsque la recherche de la vérité est justifiée que nous devons nous prémunir contre le zèle des personnes investies du pouvoir d'enquêter sur les crimes et de les poursuivre. Nous ne pouvons tolérer les conduites abusives et faire fi de l'application régulière de la loi, quelle que soit la gravité des crimes reprochés. De par leur nature même, les procès fortement médiatisés suscitent de vives émotions dans le public. Dans notre société, le ministère public a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité [. . .] Lorsque le ministère public laisse la pression de l'opinion publique influencer ses actions, l'équité et la légitimité essentielles à notre système sont perdues. Et nous rabaissons alors au niveau d'une bande de lyncheurs à la recherche d'une branche assez solide.

Je suis d'avis de confirmer en l'espèce la conclusion du juge du procès que les neuf accusations dont il a ordonné la suspension représentaient, eu égard à toutes les circonstances, un abus de procédure.

II. La suspension des procédures

La démonstration d'un abus de procédure ne conduit pas, bien sûr, à la suspension automatique des procédures.

Cela est tout particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, le juge du procès a conclu que,

204

205

206

207

208

time and the difficulty of getting to the bottom of momentary events that happened 24 to 34 years ago, the appellant's fair trial interests have not been prejudiced by the conduct found to amount to an abuse of process.

209 The inherent power of a superior court to stay proceedings that are an abuse of power was recognized in Canada in the nineteenth century, called into question in *R. v. Osborn*, [1971] S.C.R. 184, and *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, but affirmed again with *Jewitt*, *supra*. In *Rourke*, Pigeon J., for the majority, concluded, consistent with earlier statements in *Osborn*, that "I cannot admit of any general discretionary power in courts of criminal jurisdiction to stay proceedings regularly instituted because the prosecution is considered oppressive" (p. 1043), while also stating that "[i]f there is the power", it "should only be exercised in the most exceptional circumstances" (p. 1044).

210 The controversy over whether the discretion to stay for abuse of process was an option that had been completely foreclosed in Canada remained in doubt until *Jewitt*, *supra*, where Dickson C.J., for a unanimous Court, affirmed the availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process and *Osborn* and *Rourke* were read narrowly. This Court affirmed the existence of the residual discretion of a trial judge to stay proceedings where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (pp. 136-37). Further, he added, the power can be exercised only in the "clearest of cases".

211 In *Jewitt*, Dickson C.J. alluded briefly to the concern about the defendant receiving a procedural windfall of sorts. "The stay of proceedings

malgré l'écoulement du temps et la difficulté de faire toute la lumière sur des événements isolés survenus il y a entre 24 et 34 ans, la conduite jugée équivalente à un abus de procédure n'a pas porté atteinte aux droits de l'appellant à un procès équitable.

Le pouvoir inhérent d'une cour supérieure d'ordonner la suspension de procédures qui constituent un abus de pouvoir a été reconnu au cours du dix-neuvième siècle au Canada, remis en question dans les arrêts *R. c. Osborn*, [1971] R.C.S. 184, et *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, puis réaffirmé dans l'arrêt *Jewitt*, précité. Dans l'arrêt *Rourke*, le juge Pigeon, s'exprimant au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante, en accord avec les énoncés antérieurs de l'arrêt *Osborn* : « je ne puis admettre que les tribunaux criminels aient un pouvoir discrétionnaire général de suspendre des procédures régulièrement instituées, parce que la poursuite est considérée comme oppressive » (p. 1043). Il a pourtant ajouté que ce pouvoir, s'il existe, « ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles » (p. 1044).

La controverse sur la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire de suspension en cas d'abus de procédure était une option qui avait été complètement fermée au Canada est demeurée sans réponse jusqu'au prononcé de l'arrêt *Jewitt*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a confirmé, au nom de notre Cour à l'unanimité, le recours à la suspension des procédures comme réparation dans les cas d'abus de procédure, et donné une interprétation restrictive des arrêts *Osborn* et *Rourke*. Notre Cour a confirmé l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès de suspendre l'instance lorsque « forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'à la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire » (p. 136-137). Il a ajouté que ce pouvoir ne peut, en outre, être exercé que dans les « cas les plus manifestes ».

Dans l'arrêt *Jewitt*, le juge en chef Dickson a fait brièvement allusion à la crainte que le défendeur ne tire indûment avantage de la procédure. « La

for abuse of process is given as a substitute for an acquittal because, while on the merits the accused may not deserve an acquittal, the Crown by its abuse of process is disentitled to a conviction” (p. 148). That concern was more fully developed, along with an elaboration of the abuse of process doctrine, in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, by L’Heureux-Dubé J. for the majority:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits . . . , but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure “that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society”. . . . It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

See also *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, per McLachlin J., at pp. 1007-8.

The residual category of cases where a stay of proceedings is available notwithstanding the fact the abuse of process found to exist does not affect the fairness of the trial (or impair the more specific procedural rights in the *Charter*) was further elaborated in *O’Connor*, *supra*, per L’Heureux-Dubé J., at para. 73:

This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

suspension d’instance pour abus de procédure est accordée au lieu d’un acquittement lorsque, sur le plan du fond, il se peut que l’accusé ne mérite pas d’être acquitté, et que la poursuite est incapable d’obtenir une déclaration de culpabilité en raison de l’abus de procédure qu’elle a commis » (p. 148). Le juge L’Heureux-Dubé, au nom de la majorité, a examiné cette préoccupation plus à fond, tout comme la doctrine de l’abus de procédure, dans l’arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667 :

Suivant la doctrine de l’abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d’un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l’accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d’une décision sur le fond [. . .], mais parce qu’elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l’intégrité du tribunal. Cette doctrine est l’une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d’une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » [. . .] C’est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l’administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l’atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l’intérêt de la société d’assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l’administration de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures. [Je souligne.]

Voir également *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, le juge McLachlin, p. 1007-1008.

La catégorie résiduelle de causes donnant ouverture à une suspension des procédures malgré que l’abus de procédure constaté ne touche pas l’équité du procès (ni ne porte atteinte aux droits procéduraux plus précis garantis par la *Charte*) a été plus amplement décrite dans l’arrêt *O’Connor*, précité, par le juge L’Heureux-Dubé, au par. 73 :

Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l’équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d’autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l’ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d’une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l’intégrité du processus judiciaire.

213 In *Tobiass, supra*, at para. 89, the Court characterizes the residual category as a “small one” and observes that fairness of the trial will occupy the “vast majority” of the cases. I do not treat that observation as deprecating the importance of the residual category. As previously suggested, it merely reflects the fact that on the whole our system of criminal justice functions justly. The cases where a stay of proceedings is required on this account are rare, not because of judicial *fiat* to limit their numbers but because the system works. The institutional checks and balances are observed.

214 *Tobiass* notes that a stay of proceedings is not intended to redress a past wrong but to prevent the perpetuation of a wrong that will continue to trouble the parties and community in the future. The mere fact of “shabby treatment” of an individual in the past does not satisfy the criterion (at para. 96):

A stay is not a form of punishment. It is not a kind of retribution against the state and it is not a general deterrent. If it is appropriate to use punitive language at all, then probably the best way to describe a stay is as a specific deterrent — a remedy aimed at preventing the perpetuation or aggravation of a particular abuse.

215 Accordingly, in a unanimous pronouncement on the subject, this Court in *Tobiass* laid down a two-part analysis for considering the grant of a stay of proceedings (at para. 90):

If it appears that the state has conducted a prosecution in a way that renders the proceedings unfair or is otherwise damaging to the integrity of the judicial system, two criteria must be satisfied before a stay will be appropriate. They are that:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

To which a potential third step was added at para. 92:

Dans l’arrêt *Tobiass*, précité, par. 89, notre Cour qualifie la catégorie résiduelle de « petite catégorie » et précise que le caractère équitable du procès sera en cause dans la « grande majorité » des cas. Je crois que cette observation ne déprécie pas l’importance de la catégorie résiduelle. Ainsi qu’il a été mentionné plus haut, elle ne fait que refléter le fait que, dans l’ensemble, notre système de justice pénale fonctionne équitablement. Les cas qui appellent une suspension des procédures à ce titre sont rares, non en raison d’une volonté judiciaire d’en limiter le nombre, mais parce que le système fonctionne. Les freins et contrepoids institutionnels sont respectés.

On note dans l’arrêt *Tobiass* qu’une suspension des procédures ne vise pas à corriger le préjudice passé, mais plutôt à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui continuera à perturber les parties et la société à l’avenir. Le simple fait d’une « mauvaise conduite » à l’égard d’une personne par le passé ne satisfait pas à ce critère (au par. 96) :

La suspension des procédures n’est pas une forme de punition. Ce n’est pas un genre de châtement infligé à l’État et ce n’est pas une mesure générale de dissuasion. Si tant est qu’il convienne de parler de punition, la meilleure façon de décrire la suspension des procédures est probablement de la considérer comme une mesure de dissuasion particulière — une réparation visant à empêcher la perpétuation ou l’aggravation d’un abus.

Ainsi, par une décision unanime sur le sujet dans l’arrêt *Tobiass*, notre Cour a décrit une analyse à deux volets applicable pour déterminer s’il y a lieu d’ordonner la suspension des procédures (au par. 90) :

S’il appert que l’État a mené une poursuite de façon à rendre les procédures inéquitables ou qu’il a porté par ailleurs atteinte à l’intégrité du système judiciaire, il faut satisfaire à deux critères pour que la suspension constitue une réparation convenable. Les voici :

- (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Un troisième volet potentiel y a été ajouté au par. 92 :

After considering these two requirements, the court may still find it necessary to consider a third factor. As L'Heureux-Dubé J. has written, "where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings". . . . We take this statement to mean that there may be instances in which it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits.

In my view, with respect, the criteria laid down in these cases, and recited by the trial judge in his reasons for judgment, are amply fulfilled by the findings of fact in this case.

The absence of the proper checks and balances between police and prosecutor in this case led to an increase in the number of charges laid against the appellant. The trial judge's reasons can be read in no other way. Cromwell J.A. noted, at paras. 168-69, that the trial judge's

reasons are consistent with a conclusion that the respondent may have been facing more charges than he would have been had Crown objectivity been retained at "the charging stage". In other words, had objectivity been retained, some of the charges laid by the police might have been stayed by the Crown. If this is correct, the loss of objectivity found by the judge could be taken to have ongoing effects in the sense that it may have put the prosecution on a fundamentally different path than it would otherwise have followed. The judge sought to remedy the loss of objectivity by staying counts which he thought Mr. Pearson would not have proceeded with had he remained in office.

In my respectful view, this analysis overlooks the proper preferring of the direct indictment.

I have already discussed my disagreement with Cromwell J.A.'s interpretation of the trial judge's treatment of the direct indictment.

It is clear to me, applying the first stage of the *Tobiass* test, that the trial judge concluded that the Crown's loss of objectivity and improper motive

Après avoir exprimé ces deux exigences, la cour peut encore estimer nécessaire de tenir compte d'un troisième facteur. Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé, « lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures » [. . .] Selon nous, cela veut dire qu'il peut y avoir des cas où il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond.

J'estime que les conclusions de fait tirées en l'espèce satisfont amplement aux critères établis dans ces arrêts et repris par le juge du procès dans les motifs de son jugement.

L'absence de freins et contrepoids adéquats entre la police et le ministère public dans la présente espèce a entraîné une augmentation du nombre d'accusations portées contre l'appelant. Les motifs du juge du procès ne peuvent être interprétés autrement. Le juge Cromwell a noté, aux par. 168-169, que les motifs du juge du procès

[TRADUCTION] s'harmonisent à la conclusion que l'intimé a peut-être dû répondre à un plus grand nombre d'accusations que si le ministère public avait conservé son objectivité à « l'étape de l'inculpation ». En d'autres termes, si l'objectivité avait été préservée, certaines des accusations portées par la police auraient pu être retirées par le ministère public. Si cela est exact, la perte d'objectivité constatée par le juge du procès pourrait être considérée comme entraînant des effets persistants en ce sens qu'elle a pu orienter la poursuite sur une voie fondamentalement différente de celle qu'elle aurait autrement suivie. Le juge a cherché à remédier à la perte d'objectivité en ordonnant la suspension des accusations à l'égard desquelles, selon lui, M^c Pearson n'aurait pas engagé de poursuite s'il était demeuré en fonction.

J'estime humblement que cette analyse fait fi du choix légitime de procéder par voie de mise en accusation directe.

J'ai déjà expliqué pourquoi je ne partage pas l'interprétation que le juge Cromwell donne de la façon dont le juge du procès a traité la mise en accusation directe.

Il me paraît évident, par l'application du premier volet du critère établi dans l'arrêt *Tobiass*, que le juge du procès a conclu que la perte d'objectivité

216

217

218

219

will be “manifested, perpetuated or aggravated” through the continued prosecution of the charges to which these abuses of process gave rise (*Tobiass*, at para. 90). If the trial itself would not have occurred but for the abusive conduct, then the trial itself necessarily perpetuates the abuse.

220 Secondly, the only way to halt this continued prejudice to the appellant is by bringing a halt to the charges going forward to trial, i.e., a stay of proceedings.

221 The trial judge’s analysis of these first two elements in the *Tobiass* analysis draws support, I think, from the scholarly article that initially formulated these elements of the test (see *O’Connor*, *supra*, at para. 75):

Where the abuse has caused no prejudice to the fairness of the trial itself, a stay will be appropriate where:

the abuse is in the very fact that a charge was laid, and the abuse in question or the prejudice it has caused is so significant relative to the seriousness of the offence that it is more important to the interests of justice that the court redress the abuse, than try the offence on its merits [Emphasis added.]

(D. M. Paciocco, “The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept” (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 350)

222 In this case, “the seriousness” of the offences was characterized as relatively “minor” and the importance which may be attached to their prosecution therefore does not outweigh the prejudice in this case to the integrity of the administration of justice.

223 The majority opinion in the Nova Scotia Court of Appeal largely rested on the view that the trial judge had failed to consider whether the continuation of the prosecution would “manifest, perpetuate or aggravate the prejudice” (para. 101). The trial judge cited that specific aspect of the test at para. 56 of his reasons and in my opinion he applied it and, given his findings of fact, he came to the right conclusion.

et le motif illégitime du ministère public seraient « révéle[s], perpétué[s] ou aggravé[s] » par la continuation de la poursuite relativement aux accusations auxquelles ces abus de procédure ont donné lieu (*Tobiass*, par. 90). Le procès qui n’aurait pas été engagé sans la conduite abusive perpétuée nécessairement lui-même l’abus.

Quant au deuxième volet, la seule façon d’arrêter le préjudice persistant causé à l’appelant consiste à empêcher la tenue d’un procès relativement aux accusations, c’est-à-dire à ordonner la suspension des procédures.

La façon dont le juge du procès a analysé ces deux premiers volets du critère établi dans l’arrêt *Tobiass* peut s’appuyer selon moi sur l’article de doctrine qui est à l’origine de la formulation de ces volets (voir l’arrêt *O’Connor*, précité, par. 75) :

[TRADUCTION] Lorsque l’abus n’a entraîné aucune atteinte à l’équité du procès en soi, il y a lieu d’ordonner la suspension si :

l’abus tient au fait même qu’une accusation a été portée, et que l’abus en cause ou le préjudice qu’il a causé a une telle importance par rapport à la gravité de l’infraction qu’il importe davantage pour l’intérêt de la justice que la cour procède à la réparation de l’abus plutôt qu’au procès de l’infraction en soi . . . [Je souligne.]

(D. M. Paciocco, « The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases : Abusing the Abuse of Process Concept » (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, p. 350)

En l’espèce, « la gravité » des infractions a été qualifiée de relativement « mineure », de sorte que l’importance que peut revêtir la poursuite à leur égard ne l’emporte pas sur le préjudice causé en l’espèce à l’intégrité de l’administration de la justice.

L’opinion majoritaire de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse était en grande partie fondée sur la perception que le juge du procès avait omis de se demander si la poursuite du procès [TRADUCTION] « révélerait, perpétuerait ou aggraverait le préjudice » (par. 101). Le juge du procès a cité cet aspect précis du critère au par. 56 de ses motifs puis, à mon avis, il l’a appliqué et, vu ses conclusions de fait, il est arrivé à la bonne conclusion.

The *Tobiass* case, I note parenthetically, was decided on very different facts. Neither the original charges nor the conduct of the prosecutors assigned to the case were criticized. A meeting took place between the Chief Justice of the Federal Court and a senior member of the Justice Department (neither of whom had any direct role in *Tobiass* or its companion cases). At the meeting, *Tobiass* and its companion cases, amongst other cases of alleged war crimes, were referred to in terms of alleged scheduling delays. Defence counsel were not made aware of the meeting until after it had occurred. This Court found a serious breach of fairness had occurred, but the prejudice could be eliminated by ensuring that the participants in the meeting at issue had no further participation whatsoever in the case. No such limited remedy is possible in this case. So long as the charges stand, the prejudice will persist.

Finally, at the third stage of the *Tobiass* test, the court is to consider (if it still has any uncertainty) the balance between any harm to the justice system that would result from taking the charges to trial as against the public interest in having these charges disposed of on their merits. As mentioned, the balancing process was described by L'Heureux-Dubé J. in *Conway, supra*, at p. 1667:

. . . where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

This was expressly noted by the trial judge in this case, who said: "This balancing act, so common to almost everything we do as judges, will play a significant role in my analysis in the case at bar" (para. 58).

The key to the trial judge's "balance" was his view that despite the existence of allegations which,

Je souligne incidemment que l'affaire *Tobiass* a été tranchée à partir de faits très différents. Ni les accusations originales ni la conduite des procureurs de la Couronne affectés à l'affaire n'ont fait l'objet de critiques. Une rencontre s'était tenue entre le juge en chef de la Cour fédérale et un haut fonctionnaire du ministère de la Justice (ni l'un ni l'autre ne jouant quelque rôle direct dans l'affaire *Tobiass* ou les affaires connexes). Au cours de la rencontre, l'affaire *Tobiass* et les affaires connexes, entre autres cas relatifs à des allégations de crimes de guerre, ont été mentionnées relativement à de prétendus retards dans la fixation des dates d'audition. Les avocats de la défense n'ont appris l'existence de la rencontre qu'après le fait. Notre Cour a conclu qu'il y avait eu manquement grave à l'obligation d'agir équitablement, mais que le préjudice subi pouvait être éliminé par des mesures garantissant que ceux qui avaient pris part à la rencontre en cause ne participent plus d'aucune façon au dossier. Aucune réparation aussi limitée n'est possible en l'espèce. Tant que les chefs d'accusation seront maintenus, le préjudice persistera.

Enfin, à la troisième étape du critère énoncé dans l'arrêt *Tobiass*, la cour doit se pencher (s'il subsiste quelque incertitude) sur l'équilibre entre le préjudice que causerait au système de justice la tenue d'un procès sur les accusations et l'intérêt de la société à ce que celles-ci soient jugées au fond. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, ce processus de mise en balance a été décrit par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Conway*, précité, p. 1667 :

. . . lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

En l'espèce, le juge du procès l'a expressément noté en disant : [TRADUCTION] « Cette démarche de mise en balance, si commune à presque toutes les tâches que nous accomplissons en qualité de juges, jouera un rôle important dans mon analyse en l'espèce » (par. 58).

La clé de la « mise en balance » du juge du procès était son opinion selon laquelle, malgré

224

225

226

227

if believed, would constitute the offences charged, the group of charges stayed were less serious than those he allowed to proceed, and had never been objectively reviewed in light of what the Martin Report described as factors “that may not necessarily have to be considered by even the most conscientious and responsible police officer” (p. 118).

228 Society, like the Crown Attorney, has no specific interest in “winning or losing” but it does have an interest in placing the relevant facts before a court for determination on their merits. This factor militates against a stay, but in this case it is a factor that is overwhelmed by competing considerations.

229 The trial judge was clearly of the same view as the former Director of Public Prosecutions, Mr. John Pearson, who said that while on the one hand “acts contemplated by the indecent assault section of the *Criminal Code* of the day were present in these cases”, nevertheless, on the other side of the ledger, “consideration of the following public interest factors tips the scale in favour of not proceeding” (emphasis added) with the “minor” charges. For ease of reference, I repeat Mr. Pearson’s public interest factors which the trial judge adopted:

- i) the allegations are minor in nature, especially when placed in the context of societal values at the time (this fact is best illustrated in the [C.E.R.] incident where her father, upon learning of the facts, demanded an apology from the accused);
- ii) the “staleness” of the offences when compared with their gravity;
- iii) the prosecution of these charges may be seen as “persecution” in light of the facts, the staleness of the offences and the relatively insignificant sentence, which could be anticipated if convictions were entered;

l’existence d’allégations qui, si elles étaient établies, constitueraient les infractions reprochées, l’ensemble des accusations suspendues étaient moins graves que celles dont il a autorisé la poursuite, et elles n’avaient jamais fait l’objet d’un examen objectif qui tienne compte de ce que le Rapport Martin a décrit comme des facteurs [TRADUCTION] « que le policier le plus consciencieux et le plus responsable [. . .] n’est pas nécessairement tenu d’examiner » (p. 118).

La société, comme le procureur de la Couronne, n’a aucun intérêt particulier à « gagner ou à perdre », mais elle a intérêt à ce que les faits pertinents soient soumis à un tribunal pour qu’il rende une décision sur le fond. Ce facteur milite contre une suspension, mais, en l’espèce, il est supplanté par des considérations opposées.

Le juge du procès partageait clairement la position de l’ancien directeur des poursuites criminelles, M^e John Pearson, qui avait dit, d’une part, que [TRADUCTION] « dans ces cas, les actes visés par l’article du *Code criminel* de l’époque créant l’infraction d’attentat à la pudeur ont été commis » tout en reconnaissant, d’autre part, que [TRADUCTION] « la prise en considération des facteurs d’intérêt public suivants fait pencher la balance en faveur de la décision de ne pas engager de poursuites » (je souligne) relativement aux accusations « moins graves ». Pour plus de commodité, je reprends les facteurs d’intérêt public énoncés par M^e Pearson et adoptés par le juge du procès :

[TRADUCTION]

- i) il s’agit d’allégations de nature mineure, tout spécialement lorsqu’on les replace dans le contexte des valeurs sociales de l’époque (ce fait est particulièrement bien illustré dans l’incident [relatif à C.E.R.] où son père, lorsqu’il a pris connaissance des faits, a exigé que l’accusé lui présente des excuses);
- ii) la « caducité » des infractions par comparaison à leur gravité;
- iii) l’engagement de poursuites à l’égard de ces accusations peut être perçu comme de la « persécution » compte tenu des faits, de la caducité des infractions et de la peine relativement légère à laquelle on pourrait s’attendre en cas de déclaration de culpabilité;

- iv) other alternatives are available to sanction this behaviour, i.e. the prosecution of the more serious charges; and
- v) the maintenance of public confidence in the administration of justice can be sustained without these four charges proceeding. [Emphasis added.]

The Pearson report was clearly not binding on the Crown or upon Mr. Pearson's successors, and the trial judge never suggested that it was. What he did suggest is that the factors put in the balance by Mr. Pearson were logical and pertinent. It was open to the trial judge to adopt the Pearson criteria as his own, and he did so. As I read his judgment, he concluded, that in light of his decision to send the appellant to trial on the nine more serious charges (eight of which, as stated, have now resulted in the appellant's acquittal), the prosecution of additional charges of a relatively minor nature that allegedly took place 24 to 34 years ago, and which if successful would carry a "relatively insignificant sentence", did not outweigh the public interest in vindicating the importance of the role played by objective and independent Crown prosecutors.

The trial judge thought that in this way an appropriate balance had been struck between the public interest in having *all* charges dealt with on their merits against the public interest in having *all* charges stayed to show the court's determination to ensure the continued vigour of checks and balances in the criminal justice system. Whether or not this Court would draw the line precisely where the trial judge drew it is beside the point. After hearing evidence and argument for 18 days, he properly instructed himself on the law, carefully reviewed the facts, and made no palpable or overriding error in the inferences and conclusions that he reached.

III. Conclusion

I would therefore allow the appeal.

- iv) il existe d'autres moyens pour sanctionner ce comportement, à savoir l'engagement de poursuites à l'égard des accusations plus graves;
- v) la confiance du public dans l'administration de la justice peut être préservée sans que des poursuites soient engagées relativement à ces quatre accusations. [Je souligne.]

Le rapport Pearson ne liait manifestement pas le ministère public ni aucun des successeurs de M^e Pearson, et le juge du procès n'a jamais suggéré qu'il en était ainsi. Ce qu'il a laissé entendre, toutefois, c'est que les facteurs mis en balance par M^e Pearson étaient logiques et pertinents. Le juge du procès pouvait reprendre à son compte les critères de M^e Pearson, et c'est ce qu'il a fait. Si je comprends bien son jugement, il a conclu que, vu sa décision de soumettre l'appelant à un procès relativement aux neuf accusations les plus graves (dont huit, rappelons-le, se sont soldées par l'acquiescement de l'appelant), le fait d'engager une poursuite relativement à d'autres accusations portant sur des infractions relativement mineures survenues de 24 à 34 ans plus tôt et qui, si elles étaient établies, entraîneraient une [TRADUCTION] « peine relativement légère », ne l'emportait pas sur l'intérêt public à ce que soit défendue l'importance du rôle joué par des procureurs de la Couronne objectifs et indépendants.

Le juge du procès a estimé avoir trouvé un juste équilibre entre l'intérêt public à ce que *tous* les chefs d'accusation soient examinés au fond et l'intérêt public à ce que *tous* les chefs d'accusation soient suspendus pour montrer la détermination de la cour à assurer le maintien de freins et de contrepoids efficaces dans le système de justice pénale. Il ne s'agit pas ici de savoir si notre Cour aurait tiré la ligne de démarcation à l'endroit même où l'a tirée le juge du procès. Après avoir entendu la preuve et les arguments de droit pendant 18 jours, il s'est appuyé sur les bonnes règles de droit, a examiné attentivement les faits et n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans les inférences et les conclusions qu'il a tirées.

III. Conclusion

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

230

231

232

Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE and ARBOUR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Henein & White, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Miramichi.

Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE et ARBOUR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Greenspan, Henein & White, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Miramichi.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Part 3, 2002 Vol. 1

3^e cahier, 2002 Vol. 1

Cited as [2002] 1 S.C.R. 405-594

Renvoi [2002] 1 R.C.S. 405-594

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)405

Constitutional law — Judicial independence — Provincial courts — Supernumerary judges — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Whether legislation violates guarantees of judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, Preamble — Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6.

Constitutional law — Remedies — Damages — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Supernumerary judges successfully challenging constitutionality of legislation — Whether damages claim by supernumerary judges warranted — Constitution Act, 1982, ss. 24(1), 52.

Costs — Solicitor-client costs awarded on appeal — Whether solicitor-client costs appropriate.

R. v. Fliss535

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Exclusion of evidence — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence violating constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal law — Admissibility of evidence — Evidence obtained by electronic surveillance — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence was admissible.

R. v. Guignard472

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200,

Continued on next page

SOMMAIRE

Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)405

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Cours provinciales — Juges surnuméraires — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — La loi viole-t-elle les garanties d'indépendance judiciaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6.

Droit constitutionnel — Réparations — Dommages-intérêts — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — Des juges surnuméraires contestent sa constitutionnalité et ont gain de cause — Ont-ils droit aux dommages-intérêts qu'ils réclament? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 24(1), 52.

Dépens — Dépens entre avocat et client en appel — Est-il approprié d'accorder des dépens entre avocat et client?

R. c. Fliss535

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Exclusion de la preuve — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier viole-t-il le droit garanti par la Constitution d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit criminel — Admissibilité de la preuve — Preuve obtenue par surveillance électronique — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier est-il admissible?

R. c. Guignard472

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

ss. 2.2.4 "enseigne" (sign), "enseigne publicitaire" (advertising sign), 14.1.5(p).

Municipal law — By-law — Validity — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200, ss. 2.2.4 "enseigne" (sign), "enseigne publicitaire" (advertising sign), 14.1.5(p).

St-Jean v. Mercier491

Civil responsibility — Physicians and surgeons — Duty of prudence and diligence — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether presumption of causation applies.

Appeals — Standard of review — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether Supreme Court of Canada has reason to intervene in Court of Appeal's decision.

Ward v. Canada (Attorney General).....569

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Fisheries — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal fisheries power — Constitution Act, 1867, ss. 91(12), 92(13) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

SOMMAIRE (Suite)

un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

Droit municipal — Règlement — Validité — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

St-Jean c. Mercier491

Responsabilité civile — Médecins et chirurgiens — Obligation de prudence et de diligence — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — Y a-t-il présomption de causalité?

Appels — Norme de contrôle — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — La Cour suprême du Canada peut-elle intervenir dans la décision de la Cour d'appel?

Ward c. Canada (Procureur général).....569

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Pêcheries — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de pêcheries? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), 92(13) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Finance *Appellant*

v.

Ian P. Mackin *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by the Minister of Finance *Appellant*

v.

Douglas E. Rice *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Judges Conference and the Canadian Association of Provincial Court Judges *Intervenors*

INDEXED AS: MACKIN v. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE); RICE v. NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2002 SCC 13.

File No.: 27722.

2001: May 23; 2002: February 14.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Judicial independence — Provincial courts — Supernumerary judges — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre des Finances *Appelante*

c.

Ian P. Mackin *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le ministre des Finances *Appelante*

c.

Douglas E. Rice *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, la Conférence canadienne des juges et l'Association canadienne des juges de cours provinciales *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MACKIN c. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES); RICE c. NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2002 CSC 13.

N° du greffe : 27722.

2001 : 23 mai; 2002 : 14 février.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Cours provinciales — Juges surnuméraires — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et

and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Whether legislation violates guarantees of judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, Preamble — Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6.

Constitutional law — Remedies — Damages — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Supernumerary judges successfully challenging constitutionality of legislation — Whether damages claim by supernumerary judges warranted — Constitution Act, 1982, ss. 24(1), 52.

Costs — Solicitor-client costs awarded on appeal — Whether solicitor-client costs appropriate.

In 1995, the New Brunswick *Act to Amend the Provincial Court Act* (“Bill 7”) abolished the system of supernumerary judges and replaced it with a panel of retired judges paid on a *per diem* basis. Supernumerary judges, who were judges under the *Provincial Court Act*, received a salary and fringe benefits equivalent to those given to judges sitting full time. Although the *Provincial Court Act* was silent concerning the size of the reduction in workload, supernumerary judges were normally asked to take on only about 40 percent of the usual workload of a full-time judge. Supernumerary judges in office when Bill 7 came into force were required to choose between retiring or returning to sit full time before April 1, 1995. The change was made in the interest of efficiency and flexibility, and for economic and financial reasons. The respondent R began to sit as a supernumerary judge in 1993, but his workload was not significantly reduced between 1993 and his eventual retirement. When Bill 7 became law, he had to return to full-time judicial office. He retired in 1997 and asked to be placed on the panel of retired judges. Prior to the enactment of Bill 7, R had organized his financial and personal affairs in light of the conditions applying to supernumerary judges. The respondent M began to sit as a supernumerary judge in 1988. Until 1990, his workload was not appreciably reduced, but thereafter, the reorganization of his judicial duties enabled him to spend several winters in Australia. M did not express his intention to retire before April 1, 1995, and was deemed to have resumed his duties as a full-time judge. The respondents instituted separate proceedings, successfully challenging the constitutionality of Bill 7 at trial and on appeal, arguing that it unjustifiably affected the tenure and financial security that form part of judicial independence. The respondents’ claim for damages was rejected at trial. The Court of Appeal held

le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — La loi viole-t-elle les garanties d’indépendance judiciaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6.

Droit constitutionnel — Réparations — Dommages-intérêts — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — Des juges surnuméraires contestent sa constitutionnalité et ont gain de cause — Ont-ils droit aux dommages-intérêts qu’ils réclament? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 24(1), 52.

Dépens — Dépens entre avocat et client en appel — Est-il approprié d’accorder des dépens entre avocat et client?

En 1995, la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale* (« Loi 7 ») du Nouveau-Brunswick abolit le système de juges surnuméraires et le remplace par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière. Les juges surnuméraires, qui étaient juges en vertu de la *Loi sur la Cour provinciale*, bénéficiaient d’un salaire et d’avantages sociaux équivalents à ceux des juges à temps plein. La *Loi sur la Cour provinciale* était muette sur la réduction de leur charge de travail, mais les juges surnuméraires devaient normalement remplir 40 p. 100 de la charge habituelle d’un juge à temps plein. Les juges surnuméraires en poste lors de l’entrée en vigueur de la Loi 7 devaient choisir avant le 1^{er} avril 1995 soit de prendre leur retraite soit de recommencer à siéger à temps complet. La modification était motivée par des raisons d’efficacité et de flexibilité ainsi que par des raisons économiques et financières. L’intimé R devient juge surnuméraire en 1993, mais sa charge de travail ne diminue pas beaucoup entre 1993 et son départ à la retraite. Après l’adoption de la Loi 7, il doit recommencer à siéger à temps plein. Il prend sa retraite en 1997 et demande à être inscrit au tableau des juges à la retraite. Avant l’adoption de la Loi 7, R avait organisé ses affaires financières et personnelles en fonction des conditions liées à ses fonctions de juge surnuméraire. L’intimé M devient juge surnuméraire en 1988. Jusqu’en 1990, sa charge de travail ne diminue pas beaucoup mais, par la suite, le réaménagement de ses affectations judiciaires lui permet de passer plusieurs hivers en Australie. N’ayant pas communiqué son intention de prendre sa retraite avant le 1^{er} avril 1995, M est réputé avoir repris ses fonctions de juge à temps plein. Les intimés engagent des procédures séparées plaçant l’inconstitutionnalité de la Loi 7 pour atteinte injustifiable aux composantes d’inamovibilité et de sécurité financière de l’indépendance judiciaire. Leur

that damages could be awarded and referred the question of the appropriate amount back to the trial judge. The respondents were awarded solicitor-client costs.

Held (Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part. Bill 7 is unconstitutional.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Judicial independence is essential to the achievement and proper functioning of a free, just and democratic society based on the principles of constitutionalism and the rule of law. The general test for judicial independence is to ask whether a reasonable person fully informed of all the circumstances would consider that a particular court enjoyed the necessary independent status. This requires independence in fact and a reasonable perception of independence. Only objective legal guarantees are capable of meeting this double requirement. Judicial independence has individual and institutional dimensions, and three essential characteristics: financial security, security of tenure and administrative independence. The constitutional protection of judicial independence requires the existence in fact of these essential characteristics and the maintenance of the perception that they exist. Thus, each of them must be institutionalized through appropriate legal mechanisms.

The opportunity to sit as a supernumerary was not integral to the office of a judge and eliminating that opportunity was not a removal from office. The ability to perform 40 percent of the usual duties but not to work full time should be classified as an inability to perform the duties of a judge. The elimination of the duties of supernumerary judges should be treated as a question relating to financial security. Individually, financial security requires that judges' salaries be provided for by law and that neither the executive nor the legislative branch arbitrarily encroach upon this right in a manner that affects the independence of the courts. Any measure taken by a government that affects any aspect of the remuneration conditions of judges will automatically trigger the application of the principles relating to the institutional dimension of financial security. In particular, governments have a constitutional duty to use an independent, effective and objective body for recommendations on salary reductions, increases or freezes for judges. If these recommendations are ignored, that decision must be justified, if necessary in a court of law, on the basis of a simple rationality test.

demande de dommages-intérêts est rejetée en première instance. La Cour d'appel juge qu'on peut leur accorder des dommages-intérêts et renvoie la question du montant approprié au juge de première instance. Les intimés obtiennent des dépens entre avocat et client.

Arrêt (les juges Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie. La Loi 7 est inconstitutionnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour : L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique, fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. Le test général de l'indépendance judiciaire consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut d'indépendance requis. Il faut une indépendance dans les faits et une perception raisonnable d'indépendance. Seules des garanties juridiques objectives peuvent satisfaire à cette double exigence. L'indépendance judiciaire a une dimension individuelle et institutionnelle, et trois caractéristiques essentielles : la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. Sa protection constitutionnelle requiert à la fois l'existence en fait de ces caractéristiques essentielles et le maintien de la perception qu'elles existent. Ainsi chacune d'elles doit être institutionnalisée par des mécanismes juridiques appropriés.

La possibilité de siéger comme juge surnuméraire n'était pas partie intégrante de la charge de juge et son élimination n'équivalait pas à une révocation. La capacité de remplir 40 p. 100 des fonctions habituelles, mais non de travailler à temps plein, devrait être caractérisée comme une incapacité de remplir les fonctions de juge. L'élimination des fonctions de juge surnuméraire devrait être traitée comme une question relevant de la sécurité financière. Sur le plan individuel, la sécurité financière exige que le traitement des juges soit prévu par la loi et que les pouvoirs exécutif et législatif ne puissent arbitrairement empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance des tribunaux. Toute mesure gouvernementale affectant quelque aspect des conditions de rémunération des juges déclencherait automatiquement l'application des principes liés à la dimension institutionnelle de la sécurité financière. Plus particulièrement, les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de recourir à un organisme indépendant, efficace et objectif qui fera ses recommandations sur les réductions, augmentations et blocages des traitements des juges. Si ces recommandations sont écartées, cette décision doit être justifiée, au besoin devant une cour de justice, sur la base d'un critère de simple rationalité.

Bill 7 violates the institutional guarantees of judicial independence contained in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and is therefore declared unconstitutional. The system of supernumerary judges constituted an undeniable economic benefit for judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force and for eventual candidates for the position of judge in the court. There is no distinction in principle between a straight salary cut and the elimination of offices that offer a clear economic benefit since both raise controversial questions of public policy and resource allocation and raise the possibility of financial manipulation. By failing to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to an independent, effective and objective body, the New Brunswick government breached a fundamental duty. The lack of a grandfather clause in favour of the supernumerary judges in office and the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force aggravates the violation.

Since the appellant did not adduce any evidence tending to show that Bill 7's constitutional shortcomings were justified under s. 1 of the *Charter*, Bill 7 must therefore be declared invalid even though the New Brunswick government was pursuing a perfectly legitimate purpose in trying to make certain changes to the organization of its judiciary. The declaration of invalidity applies to both the elimination of the office of supernumerary judge and its replacement by the panel of judges. Except with respect to the respondents, the declaration is suspended for six months from the date of judgment. Although the directives issued by this Court in the *Provincial Court Judges Reference* did not acquire their full effect until September 18, 1998, the respondents instituted their proceedings before that decision was rendered. It would be unjust if they were not allowed to take advantage of the finding of unconstitutionality due to the sequence of events.

The respondents' claim for damages is dismissed. An action for damages brought under s. 24(1) of the *Charter* cannot normally be combined with an action for a declaration of invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In this case, the New Brunswick government did not display negligence, bad faith or wilful blindness with respect to its constitutional obligations. Nor was the Minister of Justice's failure to keep his promise to refer Bill 7 to the Law Amendments Committee an instance of bad faith that justified the damage awards.

La Loi 7 est déclarée inconstitutionnelle comme portant atteinte aux garanties institutionnelles d'indépendance judiciaire contenues à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le système de juges surnuméraires était un avantage économique indéniable pour les juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 et pour d'éventuels candidats au poste de juge de cette cour. Il n'y a pas de distinction de principe entre une réduction de salaire pure et simple et l'élimination de postes présentant un avantage économique clair puisque les deux suscitent des questions controversées d'intérêt public et de répartition des ressources, et font naître une possibilité de manipulation financière. En omettant de renvoyer la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à un organisme indépendant, efficace et objectif, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a manqué à une obligation fondamentale. L'absence de clause de droits acquis en faveur des juges surnuméraires en fonction et des juges de la Cour provinciale nommés avant l'entrée en vigueur de la Loi 7 aggrave la violation.

Puisque l'appelante n'a présenté aucune preuve qui tende à justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* les manquements constitutionnels de la Loi 7, la Loi 7 doit être déclarée invalide même si le gouvernement du Nouveau-Brunswick poursuivait une fin parfaitement légitime en voulant apporter certaines modifications à son organisation judiciaire. La déclaration d'invalidité vise à la fois l'élimination du poste de juge surnuméraire et son remplacement par un tableau de juges. Sauf en ce qui concerne les intimés, la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue pour une période de six mois à partir de la date du jugement. Bien que les directives données par la Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* n'aient pris plein effet que le 18 septembre 1998, les intimés ont engagé les procédures judiciaires avant cette décision. Il serait injuste de ne pas leur permettre de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité en raison de cette séquence des événements.

La demande des intimés en dommages-intérêts est rejetée. Une action en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut normalement être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'a pas fait preuve de négligence, de mauvaise foi ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ses obligations constitutionnelles. Le non-respect par le ministre de la Justice de sa promesse de soumettre le projet de Loi 7 au Comité de modification des lois n'était pas non plus un acte de mauvaise foi justifiant des dommages-intérêts.

The respondents are to have their costs throughout, on a party-and-party basis. Solicitor-client costs are not appropriate in this case.

Per Binnie and LeBel JJ. (dissenting): The Provincial Court judges in New Brunswick who elected supernumerary status did not enjoy a constitutional right to work only 40 percent of the time in exchange for 100 percent of the salary of a full-time judge.

The essential guarantees of judicial independence, including financial security, are intended for the benefit of the judged, not the judges.

Although the majority's statement of the broad principles of judicial independence was agreed with, the respondents' expectation of a reduced workload was neither spelled out in the Act nor otherwise put in a legally enforceable form. The workload varied dramatically from region to region and the bare concept of a "reduced" workload is too elastic to provide a manageable constitutional standard. The legislature was clearly not prepared to guarantee any fixed and defined benefit, or indeed any benefit at all. The doctrine of judicial independence does not protect "understandings" about specific financial benefits that are pointedly not written into the governing legislation. As the Provincial Court judges were given no guarantee in the Act, the anticipated reduced workload attaching to supernumerary status formed no part of the constitutional guarantee of judicial independence. Supernumerary status was a wholly discretionary potential benefit voluntarily conferred on the judges by the legislature, and its repeal could not and did not undermine the Provincial Court's institutional independence.

Even if the respondents could establish all of the elements of the administrative law doctrine of legitimate expectation, it would not be of assistance since the doctrine does not apply to a body exercising purely legislative functions. Nor can it operate to entitle the respondents to a substantive as opposed to procedural remedy. Furthermore the constitutional requirement of an independent, effective and objective process mandated by the *Provincial Court Judges Reference* was not elaborated by this Court until two years after the amendments in issue here.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3;

Les intimés ont droit aux dépens entre parties dans toutes les cours. En l'espèce, il n'est pas approprié d'accorder de dépens entre avocat et client.

Les juges Binnie et LeBel (dissidents) : Les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick qui ont choisi de devenir surnuméraires ne jouissaient d'aucun droit constitutionnel de ne travailler que 40 p. 100 du temps en contrepartie d'une rémunération de juge à temps plein.

Les garanties essentielles de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, ont été établies au profit des justiciables et non des juges.

Même si l'exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire présenté par les juges majoritaires est accepté, l'expectative des intimés d'une réduction de la charge de travail n'était ni inscrite dans la Loi ni autrement prescrite sous une forme légalement exécutoire. La charge de travail variait considérablement entre les régions et le simple concept de « réduction » de charge de travail est trop extensible pour être une norme constitutionnelle utilisable. Il est évident que la législature n'était pas disposée à garantir un avantage fixe et défini, ou en fait un avantage quelconque. Le principe de l'indépendance judiciaire ne protège pas des « ententes » sur des avantages financiers précis qui sont précisément omis dans la loi applicable. Puisque la Loi ne donnait aux juges de la Cour provinciale aucune garantie, la réduction prévue de la charge de travail attachée au statut de surnuméraire ne faisait pas partie de la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire. Le statut de surnuméraire était un avantage potentiel discrétionnaire conféré volontairement aux juges par la législature; son abrogation ne pouvait pas miner l'indépendance institutionnelle de la Cour provinciale et ne l'a pas fait.

Même si les intimés pouvaient établir tous les éléments de la théorie de droit administratif relative à l'expectative légitime, cela n'appuierait pas leur contestation puisque la théorie ne s'applique pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives. Elle ne permet pas non plus aux intimés d'avoir droit à une réparation substantielle par opposition à une réparation procédurale. Par ailleurs, la Cour n'a élaboré l'exigence constitutionnelle d'un processus indépendant, efficace et objectif dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* que deux ans après les modifications contestées en l'espèce.

Jurisprudence

Cité par le juge Gonthier

Arrêts appliqués : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*,

referred to: *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *British Columbia (Provincial Court Judge) v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

By Binnie J. (dissenting)

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. McCully*, N.B. Prov. Ct. (Moncton), February 13, 1996; *R. v. Woods* (1996), 179 N.B.R. (2d) 153; *R. v. Lapointe*, [1997] N.B.J. No. 57 (QL); *R. v. Leblanc* (1997), 190 N.B.R. (2d) 70; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6, ss. 1, 2, 3, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7 to 14, 11(d), 24.
Constitution Act, 1867, Preamble, ss. 91, 92, 92(14).
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21 [am. 1987, c. 45], ss. 1 “judge”, 2(1), 3.1 [ad. 1996, c. 54, s. 1], 4.1 [am. 1988, c. 37, s. 1], 4.2, 6, 6.1 to 6.13, 8(1), 14(2), 22.01 *et seq.*
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1.

[1997] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *British Columbia (Provincial Court Judge) c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. McCully*, C. prov. N.-B. (Moncton), 13 février 1996; *R. c. Woods* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 153; *R. c. Lapointe*, [1997] A.N.-B. n^o 57 (QL); *R. c. Leblanc* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 70; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Assoc. des résidents du vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

Loi et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7 à 14, 11d), 24.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92, 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6, art. 1, 2, 3, 9.
Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 [mod. 1987, ch. 45], art. 1 « juge », 2(1), 3.1 [aj. 1996, c. 54, art. 1], 4.1 [am. 1988, ch. 37, art. 1], 4.2, 6, 6.1 à 6.13, 8(1), 14(2), 22.01 *et suiv.*
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1.

Authors Cited

- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vol. 5. Toronto: Carswell, 1990.
- Friedland, Martin Lawrence. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1977.
- Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.
- Universal Declaration on the Independence of Justice*, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 447.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 40 C.P.C. (4th) 107, 23 C.C.P.B. 1, [1999] N.B.J. No. 544 (QL), allowing the respondent Mackin's appeal and dismissing the province's cross-appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1998), 202 N.B.R. (2d) 324, 516 A.P.R. 324, 18 C.C.P.B. 30, 21 C.P.C. (4th) 29, [1998] N.B.J. No. 267 (QL). Appeal allowed in part, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1999), 235 N.B.R. (2d) 1, 607 A.P.R. 1, 181 D.L.R. (4th) 643, 39 C.P.C. (4th) 195, 22 C.C.P.B. 249, [1999] N.B.J. No. 543 (QL), allowing the respondent Rice's appeal and dismissing the province's cross-appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench, [1998] N.B.J. No. 266 (QL). Appeal allowed in part, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., Bruce Judah, Q.C., and Ritu Gambhir, for the appellant.

J. Brent Melanson, for the respondent Mackin.

J. Gordon Petrie, Q.C., and James M. Petrie, for the respondent Rice.

Doctrine citée

- Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.
- Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 462.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. III. Québec: Presses de l'Université Laval, 1989.
- Friedland, Martin Lawrence. *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1977.
- Shetreet, Shimon. « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges », in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1999), 40 C.P.C. (4th) 107, 23 C.C.P.B. 1, [1999] A.N.-B. n° 544 (QL), qui a accueilli l'appel de l'intimé Mackin et rejeté l'appel incident de la province contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1998), 202 R.N.-B. (2^e) 324, 516 A.P.R. 324, 18 C.C.P.B. 30, 21 C.P.C. (4th) 29, [1998] A.N.-B. n° 267 (QL). Pourvoi accueilli en partie, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1, 607 A.P.R. 1, 181 D.L.R. (4th) 643, 39 C.P.C. (4th) 195, 22 C.C.P.B. 249, [1999] A.N.-B. n° 543 (QL), qui a accueilli l'appel de l'intimé Rice et rejeté l'appel incident de la province contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine, [1998] A.N.-B. n° 266 (QL). Pourvoi accueilli en partie, les juges Binnie et LeBel sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., Bruce Judah, c.r., et Ritu Gambhir, pour l'appelante.

J. Brent Melanson, pour l'intimé Mackin.

J. Gordon Petrie, c.r., et James M. Petrie, pour l'intimé Rice.

Graham R. Garton, Q.C., and Karen Cuddy, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling and Sean Hanley, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

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

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Leigh D. Crestohl, for the intervener the Canadian Judges Conference.

Robert D. Tonn, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ This appeal primarily raises the issue of whether the abolition by the legislature of the position of supernumerary judge of the Provincial Court of New Brunswick contravenes the constitutional guarantees of judicial independence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. The incidental issues that arise are whether the respondent judges should be awarded damages and whether costs should be ordered on a solicitor-client basis.

II. Facts

² The Provincial Court of New Brunswick was established in 1973 by the *Provincial Court Act*,

Graham R. Garton, c.r., et Karen Cuddy, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling et Sean Hanley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

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

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

Robert C. Maybank, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Leigh D. Crestohl, pour l'intervenante la Conférence canadienne des juges.

Robert D. Tonn, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Le présent appel soulève principalement la question de savoir si l'abolition législative du poste de juge surnuméraire à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick contrevient aux garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire conférées par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se posent incidemment les questions de l'opportunité d'octroyer des dommages-intérêts aux juges intimés et des dépens entre avocat et client.

II. Les faits

La Cour provinciale du Nouveau-Brunswick est constituée en 1973 par la *Loi sur la Cour provinciale*,

R.S.N.B. 1973, c. P-21. Section 8(1) of the Act provides that “[e]ach judge is hereby constituted a court of record and, throughout the Province, has all the powers, authority, criminal jurisdiction and quasi-criminal jurisdiction vested in a police magistrate or in two or more justices of the peace sitting and acting together, under any law or statute in force in the Province”. It accordingly has substantial criminal jurisdiction. The court is also the youth court designated by the province for the purposes of the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1. Section 6 of the *Provincial Court Act* provides that a “judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties”. Section 4.2 provides that a “judge shall retire at the age of 75 years”. Finally, s. 3.1 states that “[a] judge shall have the same protection and privileges as are conferred upon judges of The Court of Queen’s Bench of New Brunswick, for any act done or omitted in the execution of his or her duty”.

On January 1, 1988, the *Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1987, c. 45, the purpose of which was to create the office of supernumerary judge and to eliminate that of deputy judge, came into force. A judge of the Provincial Court could thereby elect to sit as a supernumerary judge if he or she met the following conditions: (i) he or she had reached the age of 65 years and had accumulated 15 years of service; or (ii) he or she had reached the age of 60 years and had accumulated 25 years of service; or, finally, (iii) he or she had reached the age of 70 years and had accumulated 10 years of service. Thus, as the conditions of eligibility for the office of supernumerary judge fully reflected the conditions of eligibility for payment of a retirement pension equivalent to 60 percent of the full salary, an additional choice was given to the judges of the Provincial Court who satisfied these conditions. They could then: retire and receive their pension; continue to sit as a full-time judge; or sit as a supernumerary judge. Section 4.1(5) of the *Provincial Court Act* provided that a supernumerary judge was to remain available in order to perform the duties assigned to him or her “from time to time” by the Chief Judge. It was understood by everyone,

L.R.N.-B. 1973, ch. P-21. Le paragraphe 8(1) de la *Loi* prescrit que « chacun [de ses] juges constitue une cour d’archives et a, dans toute la province, les pouvoirs, l’autorité et la compétence pénale et quasi pénale, d’un magistrat de police ou de deux juges de paix ou plus, siégeant et agissant ensemble, en vertu de toute loi ou règle de droit en vigueur dans la province ». Elle est donc investie d’une importante compétence pénale. La cour est également le tribunal pour adolescents désigné par la province aux fins de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1. L’article 6 de la *Loi sur la Cour provinciale* énonce qu’« un juge reste en fonction tant qu’il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou incapacité d’exercer ses fonctions ». L’article 4.2 porte qu’un juge doit prendre sa retraite à l’âge de 75 ans. Enfin, l’article 3.1 déclare qu’un juge jouit de la même immunité et des mêmes privilèges que les juges de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, pour tout acte fait ou omis dans l’exécution de ses devoirs.

Le 1^{er} janvier 1988 entre en vigueur la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1987, ch. 45, qui a notamment pour objet la création des fonctions de juge surnuméraire et l’élimination de celles de juge adjoint. Un juge de la Cour provinciale peut alors choisir de siéger comme juge surnuméraire dans les cas suivants : (i) il a atteint l’âge de 65 ans et a accumulé 15 ans de service; ou (ii) il a atteint l’âge de 60 ans et a accumulé 25 ans de service; ou, enfin, (iii) il a atteint l’âge de 70 ans et a accumulé 10 ans de service. Comme ces conditions d’admissibilité au poste de juge surnuméraire correspondent exactement aux conditions d’admissibilité au paiement d’une pension de retraite équivalant à 60 p. 100 du plein traitement, elles offrent un choix supplémentaire aux juges de la Cour provinciale qui remplissent ces conditions. Ils peuvent alors soit prendre leur retraite et toucher leur pension, soit continuer à siéger comme juge à temps plein, soit siéger comme juge surnuméraire. Le paragraphe 4.1(5) de la *Loi sur la Cour provinciale* dit qu’un juge surnuméraire doit demeurer disponible afin de remplir les tâches qui lui sont assignées « à l’occasion » par le juge en chef. Il est toutefois entendu par tous qu’un juge surnuméraire de la Cour

however, that while a supernumerary judge of the Provincial Court received a salary and fringe benefits equivalent to those given to judges sitting full time, he or she was in practice asked to take on only about 40 percent of the usual workload of a full-time judge.

4 On April 1, 1995, ss. 1 through 8 of the *Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6 (also called “Bill 7”), came into force. Section 2 provided for the straight abolition of the system of supernumerary judges and s. 3 provided for its replacement by a panel of retired judges sitting at the request of the Chief Judge or the Associate Chief Judge and paid on a *per diem* basis. Also, the supernumerary judges then in office were faced with a choice of retiring or beginning to sit full time again (s. 9(1)). They were required to give notice to the government of their decision before April 1, 1995. The legislation did not contain a so-called “grandfather” clause that would have allowed the supernumerary judges in office at that time as well as the other judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force to retain the privileges conferred upon them by law. According to the appellant, the government’s decision to abolish the position of supernumerary judge was made for reasons of efficiency and flexibility as well as for economic and financial reasons. Thus, in its plea, it stated that “[t]he repeal of the supernumerary provisions by Bill 7 was a legislative initiative undertaken in the context of overall public fiscal restraint and a reasonable attempt to improve the utilization of resources and cost effectiveness in the administration of the Provincial Court”.

5 The respondent Judge Douglas E. Rice joined the provincial judiciary on August 16, 1971. On July 2, 1992, upon reaching the age of 65 years and after sitting for more than 15 years, he was entitled to retire and to receive his pension. Rather than doing so, he decided to exercise his right to sit as a supernumerary judge, which he did starting on April 30, 1993. On April 2, 1995, after Bill 7 became law, he was forced, against his will, to return to a full-time judicial office. He finally retired on October 15, 1997 and asked to be placed on the new panel of judges paid on a *per diem* basis starting on December 4 of

provinciale, s’il bénéficie d’un salaire et d’avantages sociaux équivalents à ceux d’un juge à temps plein, n’est en pratique appelé à remplir qu’environ 40 p. 100 de la charge de travail normale à temps plein.

Le 1^{er} avril 1995 entrent en vigueur les art. 1 à 8 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6 (« Loi 7 »). L’article 2 prévoit l’abolition pure et simple du système de juges surnuméraires et l’art. 3 son remplacement par un tableau de juges à la retraite, siégeant sur demande du juge en chef ou du juge en chef adjoint et rémunérés sur une base journalière. De plus, les juges surnuméraires alors en poste doivent choisir soit de prendre leur retraite soit de recommencer à siéger à temps complet (par. 9(1)). Leur décision doit être communiquée au gouvernement avant le 1^{er} avril 1995. La législation ne contient pas de clause dite « de droits acquis », qui permettrait aux juges surnuméraires alors en poste ainsi qu’aux autres juges de la Cour provinciale nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 de conserver les privilèges qui leur avaient été conférés par la loi. Selon l’appellante, la décision du gouvernement d’abolir le poste de juge surnuméraire était motivée par des raisons d’efficacité et de flexibilité, ainsi que par des raisons économiques et financières. Son argumentation était que [TRADUCTION] « l’abrogation des dispositions de la Loi 7 relatives aux juges surnuméraires était une initiative législative prise dans le contexte de mesures générales de réduction des dépenses publiques et une tentative raisonnable d’améliorer l’utilisation des ressources et l’efficacité financière de l’administration de la Cour provinciale ».

Le juge Douglas E. Rice, intimé, accède à la magistrature provinciale le 16 août 1971. Le 2 juillet 1992, ayant atteint l’âge de 65 ans et exercé les fonctions de juge durant plus de 15 ans, il est en droit de prendre sa retraite et de recevoir sa pension. Au lieu de cela, il décide d’exercer son droit de siéger comme juge surnuméraire, ce qu’il fait à partir du 30 avril 1993. Le 2 avril 1995, après l’adoption de la Loi 7, il doit, contre son gré, recommencer à siéger à temps plein. Il prend finalement sa retraite le 15 octobre 1997 et demande à être inscrit au nouveau tableau de juges rémunérés sur une base journalière

that year. In his written submissions, Judge Rice mentioned that he had organized his financial and personal affairs in light of the conditions applying to his duties as a supernumerary judge.

The respondent Judge Ian P. Mackin joined the provincial judiciary on October 17, 1962. On October 17, 1987, upon reaching the age of 60 years and after accumulating more than 25 years of service, he acquired the right to receive his pension. Nevertheless, on August 15, 1988, he decided, like Judge Rice, to sit as a supernumerary judge. It appears that this reorganization of his judicial duties enabled him to plan the use of his time in such a way that he was able to spend several winters in Australia. Since he did not express his intentions following the enactment of Bill 7, Judge Mackin was deemed, in accordance with s. 9(1) of the Act, to have resumed his duties as a full-time judge. He still held this office as at the date of the hearing before this Court.

Following the coming into force of Bill 7, the two respondents instituted separate proceedings in the New Brunswick courts. Judge Mackin officially informed the government of his intention to bring legal proceedings on April 25, 1995, while Judge Rice submitted his written pleadings on June 24, 1997. The respondents challenged the constitutionality of the legislation abolishing the position of supernumerary judge, arguing that it affected the components of tenure and financial security that form part of judicial independence. Damages and payment of solicitor-client costs were also claimed. In this Court, both cases were joined and argued at the same time.

III. Judgments Under Appeal

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench*

- (1) *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)* (1998), 202 N.B.R. (2d) 324

Deschênes J. began by noting the three essential conditions (financial security, security of tenure and administrative independence) and the two

à partir du 4 décembre suivant. Dans sa plaidoirie écrite, le juge Rice mentionne qu'il a organisé ses affaires financières et personnelles en fonction des conditions liées à ses fonctions de juge surnuméraire.

Le juge Ian P. Mackin, intimé, accède à la magistrature provinciale le 17 octobre 1962. Le 17 octobre 1987, ayant atteint l'âge de 60 ans et plus de 25 ans de service, il acquiert le droit de toucher sa pension. Néanmoins, le 15 août 1988, il décide, comme le juge Rice, de siéger comme juge surnuméraire. Il appert que ce réaménagement de ses fonctions judiciaires lui a permis de planifier son emploi du temps de façon à passer plusieurs hivers en Australie. N'ayant pas communiqué ses intentions après l'adoption de la Loi 7, le juge Mackin était réputé, conformément au par. 9(1) de cette loi, avoir repris ses fonctions de juge à temps plein. Il occupait toujours ces fonctions à la date de l'audience devant notre Cour.

Dans le sillage de l'entrée en vigueur de la Loi 7, les deux intimés engagent des procédures séparées devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Le juge Mackin communique officiellement au gouvernement son intention d'entamer des procédures judiciaires le 25 avril 1995, tandis que le juge Rice produit sa plaidoirie écrite le 24 juin 1997. Les intimés mettent notamment en cause la constitutionnalité de la législation abolissant le poste de juge surnuméraire, plaidant qu'elle porte atteinte aux composantes d'inamovibilité et de sécurité financière propres à l'indépendance judiciaire. Ils demandent aussi des dommages-intérêts et le paiement de dépens entre avocat et client. Devant notre Cour, les deux dossiers sont joints et plaidés simultanément.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick*

- (1) *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)* (1998), 202 R.N.-B. (2^e) 324

Le juge Deschênes rappelle d'abord les trois conditions essentielles (la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative) ainsi que

6

7

8

dimensions (individual and institutional) of judicial independence as set out by this Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”), in particular. He also mentioned that the judges, whether appointed before or after the creation of the position of supernumerary judge, had definitely developed certain expectations because of the existence of the position. Thus, they were able to plan their professional and financial future accordingly and the facts show that some of them acted in this way. He therefore concluded that, like their pension plan, the existence of the position of supernumerary judge constituted a genuine financial benefit for the judges of the Provincial Court.

9

On the other hand, he was of the opinion that the office of supernumerary judge also had elements that related to the condition of security of tenure, especially in the sense that a supernumerary judge continued to enjoy the same financial benefits as a full-time judge and was forced to take mandatory retirement at the age of 75. On the basis of the test developed in *Valente, supra*, at p. 698 — namely, that security of tenure requires “tenure . . . that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner” — Deschênes J. considered, however, that the legislative abolition of the position of supernumerary judge was not equivalent, strictly speaking, to a dismissal of the supernumerary judges then in office. Consequently, the individual dimension of the condition of security of tenure had not been infringed. However, he added that in terms of both security of tenure and financial security, the issue was institutional in nature rather than individual. Thus, it is not so much the content of the impugned legislation as the process surrounding its enactment that was constitutionally dubious.

10

Starting with the finding that the office of supernumerary judge constituted a financial benefit for the judges of the Provincial Court, Deschênes J. was of the view that the Legislative Assembly of New Brunswick should have submitted its decision to abolish this position to an independent, effective and

les deux dimensions (individuelle et institutionnelle) de l’indépendance de la magistrature, telles qu’exposées par notre Cour, notamment dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* »). Il mentionne ensuite que les juges nommés tant avant qu’après la création du poste de juge surnuméraire avaient certainement fondé certaines attentes sur son existence. Aussi pouvaient-ils planifier leur avenir professionnel et financier en conséquence, et les faits démontrent que certains l’ont fait. Il conclut donc qu’au même titre que leur régime de pension, l’existence du poste de juge surnuméraire constituait un important avantage financier pour les juges de la Cour provinciale.

D’autre part, il est d’avis que le statut de juge surnuméraire comportait aussi des éléments liés à l’inamovibilité, notamment en ce qu’un juge surnuméraire continuait de bénéficier des mêmes avantages financiers qu’un juge à temps plein et qu’il était soumis à la retraite obligatoire à l’âge de 75 ans. Le juge Deschênes, se fondant sur le critère élaboré dans *Valente*, p. 698, selon lequel l’inamovibilité requiert « que la charge soit à l’abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l’exécutif ou de l’autorité responsable des nominations », considère cependant que l’abolition par la législature du statut de surnuméraire n’équivalait pas à proprement parler à une révocation des juges surnuméraires alors en fonction. Par conséquent, la dimension individuelle de la condition d’inamovibilité n’avait pas été atteinte. Cependant, il ajoute que, tant pour l’inamovibilité que pour la sécurité financière, la question se situe au niveau institutionnel plutôt qu’individuel. Aussi n’est-ce pas tant le contenu de la législation contestée que le processus de son adoption qui est constitutionnellement douteux.

Ayant conclu que le poste de juge surnuméraire constituait un avantage financier pour les juges de la Cour provinciale, le juge Deschênes est d’avis que la législature du Nouveau-Brunswick devait soumettre sa décision d’abolir ce poste à une commission indépendante, efficace et objective conformément à

objective commission in accordance with what was prescribed in the *Provincial Court Judges Reference*. In fact, the decision was political in nature in two respects. First, it was informed by classic objectives of general public policy: spending cuts and a more efficient administration of justice. It also raised the spectre of interference by the legislative branch in the independence of the judiciary by means of financial manipulation. As a result, approval by a commission became necessary in order to ensure that the judiciary would not let itself — or appear to let itself — be dragged onto the political stage and at the same time jeopardize its independence. In fact, if the situation were otherwise, a reasonable person informed of all the circumstances would conclude that there was an insufficient degree of independence.

Moreover, Deschênes J. was of the opinion that this violation of the constitutional guarantees of independence could not be justified under s. 1 of the *Charter*. Because the violation consisted of a failure to refer the matter to an independent, effective and objective commission, this failure itself must be demonstrably justified. The government merely raised a defence of the reasonably justified nature of the legislation. Whether the legislation was justified or not, Deschênes J. felt that the amendment had been made arbitrarily without any real consultation with the judges affected. Finally, he mentioned that the lack of a grandfather clause was unfair to the judges of the Provincial Court generally, on the one hand, and even more unfair to those judges who sat as supernumeraries, on the other.

Consequently, Deschênes J. declared that s. 2 of the *Act to Amend the Provincial Court Act* was unconstitutional, ordered that the question of the abolition of the office of supernumerary judge be referred immediately to the existing salary commission and suspended the declaration of unconstitutionality until the commission had issued a report on the question.

On the other hand, Deschênes J. refused to award damages to Judge Mackin for the violation of judicial independence by the provincial legislature. First, he noted that s. 24(1) of the *Charter* did not apply because Judge Mackin had not been the

ce que prescrit le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. En effet, cette décision était de nature politique, et ce à deux égards. D'abord elle visait des objectifs classiques de politique générale d'intérêt public : la réduction des dépenses et une meilleure efficacité de l'administration de la justice. Ensuite, elle évoquait le spectre de l'ingérence du pouvoir législatif dans l'indépendance de la magistrature par le biais de la manipulation financière. De ce fait, le passage par une commission devenait nécessaire afin d'éviter que le judiciaire ne se laisse — ou ne paraisse se laisser — entraîner sur la scène politique et ne mette du même coup son indépendance en péril. En effet, s'il en était autrement, une personne raisonnable informée de toutes les circonstances conclurait à un degré insuffisant d'indépendance.

Par ailleurs, le juge Deschênes est d'avis que cette atteinte aux garanties constitutionnelles d'indépendance ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Puisque l'atteinte consiste à ne pas avoir eu recours à une commission indépendante, efficace et objective, c'est cette omission qui doit être raisonnablement justifiée. Le gouvernement s'est contenté d'invoquer en défense le caractère raisonnablement justifié de la législation. Que la loi soit justifiée ou non, le juge Deschênes considère que la modification a été faite de manière arbitraire, sans véritable consultation des juges affectés. Enfin, il mentionne que l'absence d'une clause de droits acquis était injuste pour l'ensemble des juges de la Cour provinciale et encore plus injuste pour les juges surnuméraires.

Par conséquent, le juge Deschênes déclare inconstitutionnel l'art. 2 de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, ordonne que la question de l'abolition du poste de juge surnuméraire soit immédiatement soumise à la commission de la rémunération existante, et suspend la déclaration d'inconstitutionnalité jusqu'au dépôt de son rapport sur la question.

Par ailleurs, le juge Deschênes refuse d'accorder des dommages-intérêts au juge Mackin pour l'atteinte portée à l'indépendance judiciaire par la législature provinciale. D'abord, il souligne que le par. 24(1) de la *Charte* est inapplicable, parce que

11

12

13

victim of a violation or infringement of his rights or freedoms protected by the *Charter*. Second, the general rule of public law, as set out in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, states that damages will not be awarded for the enactment of legislation that is subsequently declared to be unconstitutional, except in the event of bad faith or other wrongful conduct on the part of government institutions.

14 Finally, on the question of costs, Deschênes J. stated that notwithstanding the use of disputed means, Judge Mackin was advancing the legitimate cause of protecting the independence of the judiciary and that he had been partially vindicated in this regard. He accordingly ordered that he be reimbursed for his costs on a party-and-party basis.

(2) *Rice v. New Brunswick*, [1998] N.B.J. No. 226 (QL)

15 Deschênes J. applied the same reasoning to the situation of Judge Rice. He also rejected Judge Rice's argument to the effect that the legislation abolishing the office of supernumerary had been enacted for ulterior or wrongful reasons.

B. *New Brunswick Court of Appeal*

(1) *Rice v. New Brunswick* (1999), 235 N.B.R. (2d) 1

(a) *Ryan J.A.*

16 Ryan J.A. viewed the actions of the provincial government as a violation of the concept of judicial independence. He began by finding that the office of supernumerary judge was a genuinely separate judicial office as opposed to a mere status or position. He then expressed the view that the elimination of the position of supernumerary judge had violated both the condition of financial security and that of security of tenure.

17 According to Ryan J.A., financial security was violated in both its individual and institutional dimensions. With respect to judges who were performing supernumerary duties at the time, their

le juge Mackin n'a pas été victime d'une violation ou d'une négation de ses droits ou libertés garantis par la *Charte*. Ensuite, la règle générale de droit public énoncée dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, dit qu'il n'y a pas lieu d'accorder des dommages-intérêts en raison de l'adoption d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle, sauf en cas de mauvaise foi ou autre conduite fautive de la part des institutions gouvernementales.

Enfin, sur la question des dépens, le juge Deschênes mentionne que, malgré l'utilisation de moyens contestés, le juge Mackin poursuivait la cause légitime de la protection de l'indépendance judiciaire et que raison lui a partiellement été donnée à cet égard. Il ordonne donc que ses dépens lui soient remboursés sur la base des frais entre parties.

(2) *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [1998] A.N.-B. n° 226 (QL)

Le juge Deschênes applique le même raisonnement à la situation du juge Rice. Il rejette aussi son argument selon lequel la législation abolissant le poste de surnuméraire aurait été adoptée pour des motifs détournés ou fautifs.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*

(1) *Rice c. Nouveau-Brunswick* (1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1

(a) *Le juge Ryan*

Le juge Ryan voit dans les agissements du gouvernement provincial une atteinte à la notion d'indépendance judiciaire. Il commence par déclarer que le poste de juge surnuméraire constitue une véritable charge judiciaire distincte par opposition à un simple « statut » ou « poste ». Il exprime ensuite l'opinion que l'élimination du poste de juge surnuméraire a atteint à la fois la condition de sécurité financière et celle d'inamovibilité.

Selon le juge Ryan, la sécurité financière a été atteinte tant dans sa dimension individuelle qu'institutionnelle. Dans le cas des juges surnuméraires en poste, la sécurité financière a été touchée dans

financial security was affected in its individual dimension whereas in respect of the other judges of the Provincial Court, it was affected in its institutional dimension. He also concluded that there was in fact political interference as a result of financial manipulation. By contrast, he asserted that the guarantee of security of tenure was affected only in its individual dimension because, for the supernumerary judges in office at that time, the abolition of their positions was equivalent to an arbitrary and premature removal.

Since there was a violation of financial security, Ryan J.A. agreed with the trial judge in stating that the case should at the very least have been submitted to an independent, effective and objective commission. However, given his further findings concerning the violation of the condition of security of tenure, he felt that a referral to the existing commission would not be sufficient and that the Act quite simply had to be declared invalid. In any event, he added that the jurisdiction of this commission — which was limited to examining salaries, pension, vacation and sick leave benefits (s. 22.03(1) of the *Provincial Court Act*) — did not extend to the question of the abolition of the position of supernumerary judge.

Moreover, Ryan J.A. felt that the legislation could not be justified under s. 1. First, he maintained that judicial independence went beyond the provisions of the *Charter* and that an attack on an institution that was so fundamental to the Canadian constitutional system was well and truly unjustifiable. He then referred to the arbitrary and unfair nature of the government's actions. Finally, he noted that the lack of a grandfather clause for the benefit of the supernumerary judges and the other judges of the Provincial Court precluded any claim that the violation of judicial independence was minimal.

Concerning the awarding of damages, Ryan J.A. noted that the case related to an exceptional situation involving a veritable attack by the legislative and executive branches against the judiciary. The government of the time could not have been oblivious to what it was doing and must have been aware of the effects its decision would have on the independence of the judiciary. He concluded accordingly

sa dimension individuelle, alors que dans le cas des autres juges de la Cour provinciale, elle a été touchée dans sa dimension institutionnelle. Il conclut aussi qu'il y a eu en fait interférence politique par le biais de la manipulation financière. En revanche, il affirme que la garantie d'inamovibilité n'a été altérée que dans sa dimension individuelle, c'est-à-dire que, dans le cas des juges surnuméraires alors en fonction, l'abolition de leur poste équivalait à une révocation arbitraire et avant terme.

Comme il y a eu atteinte à la sécurité financière, le juge Ryan s'accorde avec le juge de première instance pour dire que l'affaire aurait à tout le moins dû être soumise à une commission indépendante, efficace et objective. Cependant, vu ses conclusions supplémentaires quant à l'atteinte à la condition d'inamovibilité, il estime qu'un renvoi à la commission existante ne suffit pas et que la Loi doit être déclarée invalide. De toute façon, ajoute-t-il, la compétence de cette commission se limite à l'examen des salaires, pensions, vacances et congés de maladie (par. 22.03(1) de la *Loi sur la Cour provinciale*) et ne s'étend pas à la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire.

Par ailleurs, le juge Ryan considère que la législation ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier. D'abord, il soutient que l'indépendance judiciaire va au-delà des dispositions de la *Charte* et que l'attaque d'une institution si fondamentale au système constitutionnel canadien est totalement injustifiable. Puis il parle du caractère arbitraire et injuste des mesures gouvernementales. Enfin, il note que l'absence de clause de droits acquis bénéficiant aux juges surnuméraires et aux autres juges de la Cour provinciale réfute tout argument que l'atteinte à l'indépendance judiciaire est minimale.

Quant à l'octroi de dommages-intérêts, le juge Ryan souligne qu'il s'agit en l'espèce d'une situation exceptionnelle, mettant en cause une véritable attaque des pouvoirs législatif et exécutif contre le judiciaire. Le gouvernement de l'époque savait certainement ce qu'il faisait et devait être conscient des effets de sa décision sur l'indépendance de la magistrature. Il conclut qu'il convient de mettre

18

19

20

that it was necessary to set aside the principle of qualified government immunity referred to in *Guimond, supra*. Consequently, neither negligence nor bad faith necessarily had to be established. Furthermore, there was a direct causal link between the violation of the rights of judges and the harm sustained. Thus, damages could be awarded under s. 24(1) of the *Charter*, or because of the duty of mutual respect owed by the different branches of government to one another. In the alternative, Ryan J.A. considered that the failure of the then-Minister of Justice to keep the promise made to the provincial judges to refer the legislation eliminating the office of supernumerary judge to the Law Amendments Committee constituted sufficient evidence of bad faith justifying the award of damages. However, he decided to refer the question of determining the appropriate amount back to the trial judge.

21 Finally, Ryan J.A. ordered that Judge Rice be paid his legal costs on a solicitor-client basis.

(b) *Drapeau J.A.*

22 Drapeau J.A. concurred with Ryan J.A. He nevertheless made a number of comments of his own on the question of damages. He began by expressing his agreement with Ryan J.A. that evidence of bad faith was not required in order for damages to be awarded in this case. The individual dimension of judicial independence was at issue and both the public and the supernumerary judges personally bore the cost of the provincial government's decision unilaterally to abolish the office of supernumerary judge. He added that the legislation was enacted despite a clear awareness of its effects on the independence of the judiciary and on the supernumerary judges. He accordingly concurred with Ryan J.A. in finding that the traditional rules concerning the award of damages in constitutional proceedings should be set aside. Damages should be awarded not only to compensate the supernumerary judges but also to discourage any other attempt at legislative interference with judicial independence.

de côté le principe de l'immunité gouvernementale qualifiée mentionné dans *Guimond*, précité. Par conséquent, ni la négligence ni la mauvaise foi ne devaient nécessairement être démontrées. De plus, il existe un lien causal direct entre l'atteinte aux droits des juges et le préjudice subi. On peut donc accorder des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, ou encore en raison de l'obligation de respect mutuel que se doivent les différentes branches du gouvernement. Subsidiairement, le juge Ryan considère que le manquement du ministre de la Justice de l'époque à la promesse faite aux juges provinciaux de soumettre la législation éliminant le poste de juge surnuméraire au Comité de modification des lois constitue une preuve suffisante de mauvaise foi justifiant l'octroi de dommages-intérêts. Il décide toutefois de renvoyer la question de la détermination du montant approprié au juge de première instance.

Enfin, le juge Ryan ordonne l'adjudication au juge Rice des frais entre avocat et client.

(b) *Le juge Drapeau*

Le juge Drapeau souscrit à l'opinion du juge Ryan. Il offre néanmoins quelques commentaires de son cru sur la question des dommages-intérêts. Dans un premier temps, il est d'accord avec le juge Ryan pour dire qu'une preuve de mauvaise foi n'était pas requise pour l'octroi de dommages-intérêts en l'espèce. La dimension individuelle de l'indépendance judiciaire a été touchée, et tant le public que les juges surnuméraires personnellement ont fait les frais de la décision du gouvernement provincial d'abolir unilatéralement le poste de juge surnuméraire. Il ajoute que la législation a été adoptée malgré une connaissance manifeste de ses effets sur l'indépendance judiciaire et sur les juges surnuméraires. Il s'accorde donc avec le juge Ryan pour conclure que les règles traditionnelles relatives à l'octroi de dommages-intérêts en matière constitutionnelle devraient être écartées. Des dommages-intérêts devraient être alloués non seulement pour compenser les juges surnuméraires, mais également pour décourager toute autre tentative d'ingérence législative dans l'indépendance judiciaire.

(c) *Daigle C.J.N.B., dissenting*

Daigle C.J.N.B. examined each of the first two conditions of judicial independence in order to determine whether they were violated by the enactment of Bill 7. His analysis focused first on the question of financial security. In his opinion, it was compromised in that the abolition of the office of supernumerary judge was likely to affect the judges' planning of the conditions for their retirement. Thus, although the situation did not involve a reduction as such in their net salary — since they retained the possibility of earning the equivalent of a full-time salary — the fact remained that the judges of the Provincial Court could legitimately rely on the existence of such a position in order to make certain plans of an economic and financial nature.

According to Daigle C.J.N.B., however, the guarantee of financial security was affected only in its institutional dimension. According to the principles set out in *Provincial Court Judges Reference, supra*, the Legislative Assembly of New Brunswick had a duty to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to an independent, effective and objective commission. However, he noted that there was no evidence in the case to suggest that there might have been any attempt at economic interference on the part of the legislature at the expense of the judges of the Provincial Court.

Daigle C.J.N.B. was, moreover, of the view that the constitutional guarantees of security of tenure were not infringed since it was possible for the supernumerary judges to resume their duties full time. An analysis of the *Provincial Court Act* supported him in this conclusion. First, he noted that s. 1 of the Act defined “judge” as including both a judge and a supernumerary judge. He added that s. 6 provided that a judge should hold office during good behaviour and could be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties. He also noted that a judge did not have to retire in order to become supernumerary. Rather, a supernumerary judge continued to exercise his duties as a judge of the Provincial Court until retiring. In short, Daigle C.J.N.B. found that there was no separate judicial office relating to the

(c) *Le juge en chef Daigle, dissident*

Le juge en chef Daigle examine chacune des deux premières conditions de l'indépendance judiciaire, afin de déterminer si elles ont été violées par l'adoption de la Loi 7. Son analyse se porte d'abord sur la question de la sécurité financière. À son avis, elle a été compromise en ce que l'abolition du poste de juge surnuméraire était susceptible d'altérer la planification par les juges des conditions de leur retraite. Bien qu'il ne s'agisse pas là à proprement parler d'une réduction de leur salaire net, puisqu'ils conservaient la possibilité de recevoir l'équivalent d'un traitement à temps plein, il demeure que les juges de la Cour provinciale pouvaient légitimement compter sur l'existence d'un tel poste dans leurs planifications d'ordre économique et financier.

Selon le juge en chef Daigle, toutefois, la garantie de sécurité financière a été touchée dans sa dimension institutionnelle uniquement. Suivant les enseignements du *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, il était du devoir de la législature du Nouveau-Brunswick de soumettre la question de l'élimination du poste de juge surnuméraire à une commission indépendante, efficace et objective. Il souligne cependant qu'aucune preuve en l'espèce ne permet de croire qu'il y a eu tentative d'ingérence économique de la part du législatif aux dépens des juges de la Cour provinciale.

Le juge en chef Daigle est par ailleurs d'avis que les garanties constitutionnelles d'inamovibilité n'ont pas été touchées puisque les juges surnuméraires pouvaient reprendre leurs fonctions à temps plein. L'analyse de la *Loi sur la Cour provinciale* le conforte dans cette conclusion. Il mentionne d'abord que l'art. 1 de cette loi définissait le terme « juge » comme désignant un juge et un juge surnuméraire. Il ajoute que son art. 6 énonce qu'un juge reste en fonction « tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions ». Il fait par ailleurs remarquer qu'un juge n'avait pas à prendre sa retraite pour devenir surnuméraire. Le juge surnuméraire continuait à exercer ses fonctions de juge de la Cour provinciale jusqu'à ce qu'il prenne sa retraite. Somme toute, le juge en

23

24

25

office of supernumerary judge. Consequently, the abolition of this position was of no consequence in terms of the security of tenure of the judges of the Provincial Court.

26 He was of the opinion, moreover, that the violation of the institutional guarantees of financial security was not justified under s. 1 of the *Charter*, since the government did not direct its argument to the legitimacy of its decision to ignore its duty to refer the question to an independent, effective and objective commission.

27 On the subject of damages, Daigle C.J.N.B. proceeded to apply the general rules governing the liability in tort of government institutions for enacting legislation that is subsequently declared unconstitutional. Thus, he was of the view that in such cases, damages would be awarded only in very rare instances, including where an act was passed in bad faith or for unworthy reasons. A bare allegation of unconstitutionality could not, on the other hand, justify an award of damages. In this case, not only was the refusal of the Minister of Justice to honour his promise to submit the legislative amendments to the Law Amendments Committee not alleged in the pleadings but, moreover, it does not support a finding of bad faith.

28 Daigle C.J.N.B. added that any relief under s. 24(1) of the *Charter* constituted a personal right that could be exercised only by a person whose fundamental rights had been violated. In this situation, only the institutional dimension of judicial independence was at issue. Furthermore, judicial independence exists for the benefit of the litigants and not for that of the judges. Finally, and in any event, he was of the opinion that a claim for damages could not succeed because the province enacted the legislation in good faith and in accordance with the constitutional teachings of the time. In fact, when Bill 7 came into force, the decision in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, had not yet been rendered.

chef Daigle constate qu'il n'existait pas de charge judiciaire distincte s'attachant au poste de juge surnuméraire. Par conséquent l'abolition de ce poste n'était d'aucune conséquence sur l'inamovibilité des juges de la Cour provinciale.

Il est par ailleurs d'avis que l'atteinte aux garanties institutionnelles de la sécurité financière ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, puisque le gouvernement n'a pas présenté d'argument sur la légitimité de sa décision de passer outre son obligation de soumettre la question à une commission indépendante, efficace et objective.

Quant à l'octroi de dommages-intérêts, le juge en chef Daigle procède à une application des règles générales de la responsabilité délictuelle des institutions gouvernementales pour l'adoption d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle. Il estime que des dommages-intérêts ne seront accordés qu'en de très rares cas, notamment lorsqu'une loi aura été adoptée de mauvaise foi ou pour des raisons indues. Une simple allégation d'inconstitutionnalité ne saurait par contre justifier l'attribution de dommages-intérêts. Or, en l'espèce, non seulement le refus du ministre de la Justice d'honorer sa promesse de soumettre les modifications législatives au Comité de modification des lois n'a-t-il pas été allégué dans les procédures, mais il ne permet pas, au surplus, de conclure à la présence de mauvaise foi.

Le juge en chef Daigle ajoute que toute réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* constitue un droit personnel qui ne peut être exercé que par une personne dont les droits fondamentaux ont été violés. Or, dans la présente situation, seule la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire est en cause. En outre, l'indépendance judiciaire existe pour le bénéfice des justiciables et non pour celui des juges. Enfin, il est d'avis de toute façon qu'une demande de dommages-intérêts ne pourrait réussir parce que la province a adopté la législation de bonne foi et en conformité avec les paramètres constitutionnels de l'époque. En effet, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi 7, la décision dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* n'avait pas encore été rendue.

Because of the infringement of the institutional dimension of financial security, Daigle C.J.N.B. declared Bill 7 to be unconstitutional. However, he ordered a suspension of this declaration for a period of six months to allow the province to correct its approach. He refrained from referring the matter to the existing salary commission since the province could rectify the problem by other means.

Finally, he agreed with the trial judge's opinion that the award of costs as between solicitor and client was quite simply not appropriate in this case. As far as the appeal proceedings were concerned, since each party should, in his view, be successful in part, he would have ordered that they pay their own costs.

(2) *Mackin v. New Brunswick (Minister of Justice)* (1999), 40 C.P.C. (4th) 107

All three judges in the Court of Appeal adopted their reasoning in *Rice* for the decision in *Mackin*.

IV. Relevant Statutory Provisions

Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21 (as of March 30, 1995)

4.1(1) A judge appointed under subsection 2(1) may elect to become a supernumerary judge upon meeting the requirements under this Act.

4.1(2) Where a judge appointed under subsection 2(1) intends to become supernumerary, the judge shall give notice to the Minister of election two months prior to the effective date specified in the notice, being a day on which the judge will be eligible to so elect, and the judge shall, effective on that day, be deemed to have elected and given notice on that day.

4.1(3) Where a judge appointed under subsection 2(1) has notified the Minister of the judge's election to give up regular judicial duties and hold office only as a supernumerary judge, the judge shall upon the effective date hold the office of supernumerary judge and shall be paid the salary annexed to that office until the judge ceases to hold office.

4.1(4) A judge appointed under subsection 2(1) may elect to hold office as a supernumerary judge upon

29
À cause de l'atteinte à la dimension institutionnelle de la sécurité financière, le juge en chef Daigle déclare la Loi 7 inconstitutionnelle. Il ordonne cependant une suspension de cette déclaration pour une période de six mois afin de permettre à la province de prendre des mesures correctives. Il s'abstient de renvoyer la question à la commission de la rémunération existante parce que la province pourrait corriger la situation par d'autres moyens.

30
Enfin, il est d'accord avec le juge de première instance que l'adjudication des dépens entre avocat et client n'est tout simplement pas appropriée en l'espèce. Quant aux procédures en appel, comme chaque partie devrait selon lui avoir partiellement gain de cause, il aurait ordonné qu'elles supportent leurs dépens respectifs.

(2) *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)* (1999), 40 C.P.C. (4th) 107

31
Les trois juges de la Cour d'appel adoptent leur raisonnement dans l'affaire *Rice* afin de résoudre l'affaire *Mackin*.

IV. Les dispositions législatives

32
Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 (au 30 mars 1995)

4.1(1) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) peut choisir de devenir juge surnuméraire en satisfaisant aux conditions prévues par la présente loi.

4.1(2) Lorsqu'un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) a l'intention de devenir juge surnuméraire, il doit en donner avis au Ministre deux mois avant la date de prise d'effet indiquée dans l'avis, celle-ci étant la date à laquelle le juge peut faire son choix, et le juge doit, à partir de ce jour, être réputé avoir choisi et donné avis à cette date.

4.1(3) Lorsqu'un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) a avisé le Ministre de sa décision d'abandonner ses fonctions judiciaires normales et d'occuper seulement le poste de juge surnuméraire, il doit à la date de prise d'effet occuper le poste de juge surnuméraire et recevoir le traitement attaché à ce poste jusqu'à ce qu'il cesse d'occuper son poste.

4.1(4) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) peut choisir d'occuper un poste de juge surnuméraire lorsqu'il

(a) attaining the age of sixty-five years and having continued in judicial office for at least fifteen years,

(a.1) attaining the age of sixty years and having continued in judicial office for at least twenty-five years, or

(b) attaining the age of seventy years and having continued in judicial office for at least ten years.

4.1(5) A judge appointed under subsection 2(1) who has elected to hold the office of supernumerary judge shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge.

6. Subject to this Act, a judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties.

An Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6

1 Subsection 1(1) of the Provincial Court Act, chapter P-21 of the Revised Statutes, 1973, is amended in the definition "judge" by striking out "and a supernumerary judge".

2 Section 4.1 of the Act is repealed.

9(1) A judge who is a supernumerary judge under the Provincial Court Act immediately before the commencement of this section shall elect, before April 1, 1995, whether to resume the duties of judicial office on a full-time basis or to retire.

9(2) An election by a judge under subsection (1) shall be in writing to the Minister of Justice and shall be effective as of April 1, 1995, if no date is specified in the election, or upon the date specified in the election, whichever is the earlier.

9(3) If a judge fails to make an election under subsection (1) or if the Minister of Justice fails to receive a notice in writing before April 1, 1995, from a judge pursuant to subsection (2), the judge shall be deemed to have resumed the duties of judicial office on a full-time basis in accordance with the Provincial Court Act, effective April 1, 1995.

V. Issues

33

On December 12, 2000, the following constitutional questions were stated:

a) atteint l'âge de soixante-cinq ans et a exercé une fonction judiciaire d'une façon continue pendant au moins quinze ans,

a.1) atteint l'âge de soixante ans et a exercé une fonction judiciaire d'une façon continue pendant au moins vingt-cinq ans, ou

b) atteint l'âge de soixante-dix ans et a exercé une fonction judiciaire d'une façon continue pendant au moins dix ans.

4.1(5) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) qui a choisi d'exercer les fonctions de juge surnuméraire doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l'occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé.

6. Sous réserve de la présente loi, un juge reste en fonction tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions.

Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6

1 Le paragraphe 1(1) de la Loi sur la Cour provinciale, chapitre P-21 des Lois révisées de 1973, est modifié à la définition « juge » par la suppression des mots « , un juge surnuméraire, ».

2 L'article 4.1 de la Loi est abrogé.

9(1) Un juge qui est juge surnuméraire en vertu de la Loi sur la Cour provinciale immédiatement avant l'entrée en vigueur du présent article doit choisir, avant le 1^{er} avril 1995, s'il va reprendre ses fonctions de juge à plein temps ou s'il va prendre sa retraite.

9(2) Le choix d'un juge prévu au paragraphe (1) doit se faire par écrit au ministre de la Justice et prend effet à compter du 1^{er} avril 1995, si aucune date n'a été stipulée dans le choix ou à la date stipulée dans le choix, selon la date qui survient en premier.

9(3) Si un juge ne fait pas le choix prévu au paragraphe (1) ou si le ministre de la Justice ne reçoit pas l'avis écrit d'un juge conformément au paragraphe (2) avant le 1^{er} avril 1995, le juge est réputé avoir repris ses fonctions de juge à plein temps conformément à la Loi sur la Cour provinciale, à compter du 1^{er} avril 1995.

V. Questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes sont formulées le 12 décembre 2000 :

1. Does *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6, which repealed the supernumerary scheme for Provincial Court judges in New Brunswick, interfere with the judicial tenure and financial security of members of the Provincial Court and thereby violate in whole or in part the principle of judicial independence as guaranteed by:
 - (a) the Preamble of the *Constitution Act, 1867*, or
 - (b) s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 2. Does *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6, which repealed the supernumerary scheme for Provincial Court judges in New Brunswick, and which was enacted without reference to an independent remuneration commission, thereby violate in whole or in part the principle of judicial independence as guaranteed by:
 - (a) the Preamble of the *Constitution Act, 1867*, or
 - (b) s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 3. If the answer to question 1(b) or question 2(b) is yes, is the Act demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*?
1. La *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui a abrogé le système surnuméraire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, porte-t-elle atteinte au mandat judiciaire et à la sécurité financière des membres de la Cour provinciale et, en conséquence, contrevient-elle en totalité ou en partie au principe de l'indépendance judiciaire garanti, selon le cas, par :
 - (a) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
 - (b) l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 2. La *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui a abrogé le système surnuméraire des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, et qui a été adoptée sans référence à une commission indépendante de rémunération, en conséquence, contrevient-elle en totalité ou en partie au principe de l'indépendance judiciaire garanti, selon le cas, par :
 - (a) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*,
 - (b) l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 3. Si la réponse à la question 1(b) ou à la question 2(b) est oui, s'agit-il d'une Loi dont la justification peut se démontrer en tant que limite raisonnable prévue par une règle de droit en vertu de l'article premier de la *Charte*?

VI. Analysis

A. *Constitutional Questions*

(1) Introduction: Judicial Independence

Judicial independence is essential to the achievement and proper functioning of a free, just and democratic society based on the principles of constitutionalism and the rule of law. Within the Canadian Constitution, this fundamental value has its source in s. 11(d) of the *Charter* and in the Preamble to the *Constitution Act, 1867*, which states that the Constitution of Canada shall be "similar in Principle to that of the United Kingdom". It was in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at paras. 82 *et seq.*, that this Court explained in detail the constitutional foundations and scope of judicial independence.

VI. Analyse

A. *Questions constitutionnelles*

(1) Introduction : l'indépendance judiciaire

L'indépendance judiciaire est essentielle à la réalisation et au bon fonctionnement d'une société libre, juste et démocratique, fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. Au sein de la Constitution canadienne, cette valeur fondamentale trouve sa source dans l'al. 11d) de la *Charte* ainsi que dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui énonce que la Constitution du Canada « repos[e] sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». C'est dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 82 *et suiv.*, que notre Cour a explicité davantage les assises et la portée constitutionnelles de l'indépendance judiciaire.

35

Generally speaking, the expanded role of the judge as an adjudicator of disputes, interpreter of the law and guardian of the Constitution requires that he or she be completely independent of any other entity in the performance of his or her judicial functions. Such a view of the concept of independence may be found in art. 2.02 of the *Universal Declaration on the Independence of Justice* (reproduced in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 447, at p. 450), which states:

Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason. [Emphasis added.]

The adoption of a broad definition of judicial independence by this Court was confirmed, moreover, in *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 130, where Lamer C.J., for the majority, stated the following:

Finally, although I have chosen to emphasize that judicial independence flows as a consequence of the separation of powers, because these appeals concern the proper constitutional relationship among the three branches of government in the context of judicial remuneration, I do not wish to overlook the fact that judicial independence also operates to insulate the courts from interference by parties to litigation and the public generally: Lippé, *supra*, at pp. 152 et seq., per Gonthier J. [Emphasis added.]

36

On the other hand, in order for a judge to remain as far as possible sheltered from pressure and interference from all sources, he or she “should be removed from financial or business entanglement likely to affect or rather to seem to affect him in the exercise of his judicial functions” (S. Shetreet, “Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges”, in Shetreet and Deschênes, *op. cit.*, 590, at p. 599).

37

The concept of independence accordingly refers essentially to the nature of the relationship between a court and others. This relationship must be marked by a form of intellectual separation that allows the judge to render decisions based solely

De façon générale, le rôle élargi du juge en tant qu'arbitre des litiges, interprète du droit et gardien de la Constitution exige qu'il soit complètement indépendant de toute autre entité dans l'exercice de ses fonctions judiciaires. L'on retrouve notamment une telle conception de la notion d'indépendance à l'art. 2.02 de la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice* (dans S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 462, p. 465) qui énonce :

Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit. [Je souligne.]

Notre Cour confirme l'adoption d'une définition large de l'indépendance judiciaire dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 130, où le juge en chef Lamer, écrivant pour la majorité, précise :

Enfin, même si j'ai choisi d'insister sur le fait que l'indépendance de la magistrature est une conséquence de la séparation des pouvoirs, comme les présents pourvois concernent les rapports constitutionnels que doivent entretenir les trois pouvoirs de l'État relativement à la rémunération des juges, je ne voudrais pas faire abstraction du fait que l'indépendance de la magistrature protège également les tribunaux contre l'ingérence des parties aux litiges dont ils sont saisis et du public en général : Lippé, précité, aux pp. 152 et suiv., le juge Gonthier. [Je souligne.]

D'autre part, pour demeurer autant que possible à l'abri des pressions et ingérences de toute origine, le juge [TRADUCTION] « doit être tenu à l'écart des démêlés financiers ou d'affaires susceptibles d'influer, ou plutôt de sembler influer, sur lui dans l'exercice de ses fonctions judiciaires » (S. Shetreet, « Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges », dans Shetreet et Deschênes, *op. cit.*, 590, p. 599).

La notion d'indépendance se rapporte donc essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité. Cette relation doit être caractérisée par une forme de séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules

on the requirements of the law and justice. The legal standards governing judicial independence, which are the sources governing the creation and protection of the independent status of judges and the courts, serve to institutionalize this separation. Moreover, the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter* give them a fundamental status by placing them at the highest level of the legal hierarchy.

The general test for the presence or absence of independence consists in asking whether a reasonable person who is fully informed of all the circumstances would consider that a particular court enjoyed the necessary independent status (*Valente, supra*, at p. 689; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369). Emphasis is placed on the existence of an independent status, because not only does a court have to be truly independent but it must also be reasonably seen to be independent. The independence of the judiciary is essential in maintaining the confidence of litigants in the administration of justice. Without this confidence, the Canadian judicial system cannot truly claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it. In order for such confidence to be established and maintained, it is important that the independence of the court be openly “communicated” to the public. Consequently, in order for independence in the constitutional sense to exist, a reasonable and well-informed person should not only conclude that there is independence in fact, but also find that the conditions are present to provide a reasonable perception of independence. Only objective legal guarantees are capable of meeting this double requirement.

As was explained in *Valente, supra*, at p. 687, and in the *Provincial Court Judges Reference, supra*, at paras. 118 *et seq.*, the independence of a particular court includes an individual dimension and an institutional dimension. The former relates especially to the person of the judge and involves his or her independence from any other entity, whereas the latter relates to the court to which the judge belongs and involves its independence from the executive

les exigences du droit et de la justice inspirent. Les normes juridiques relatives à l'indépendance judiciaire, sources de la création et de la protection du statut indépendant des juges et des tribunaux, servent à institutionnaliser cette séparation. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'al. 11d) de la *Charte* leur confèrent par ailleurs un statut fondamental en les plaçant au plus haut niveau de la hiérarchie juridique.

Le test général de la présence ou de l'absence d'indépendance consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis (*Valente, précité*, p. 689; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369). L'accent est mis sur l'existence d'un statut indépendant, car non seulement faut-il qu'un tribunal soit effectivement indépendant, il faut aussi qu'on puisse raisonnablement le percevoir comme l'étant. L'indépendance de la magistrature est essentielle au maintien de la confiance du justiciable dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système judiciaire canadien ne peut véritablement prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels. Afin que cette confiance soit établie et assurée, il importe que l'indépendance des tribunaux soit notoirement « communiquée » au public. Par conséquent, pour qu'il y ait indépendance au sens constitutionnel, il faut qu'une personne raisonnable et bien informée puisse conclure non seulement à l'existence de l'indépendance dans les faits, mais également constater l'existence de conditions suscitant une perception raisonnable d'indépendance. Seules des garanties juridiques objectives sont en mesure de satisfaire à cette double exigence.

Comme l'expliquent l'arrêt *Valente*, p. 687, et le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 118 et suiv., l'indépendance d'un tribunal donné comprend une dimension individuelle et une dimension institutionnelle. La première s'attache plus particulièrement à la personne du juge et intéresse son indépendance vis-à-vis de toute autre entité, alors que la seconde s'attache au tribunal auquel il appartient et intéresse son indépendance vis-à-vis

and legislative branches of the government. The rules relating to these dimensions result from somewhat different imperatives. Individual independence relates to the purely adjudicative functions of judges — the independence of a court is necessary for a given dispute to be decided in a manner that is just and equitable — whereas institutional independence relates more to the status of the judiciary as an institution that is the guardian of the Constitution and thereby reflects a profound commitment to the constitutional theory of the separation of powers. Nevertheless, in each of its dimensions, independence is designed to prevent any undue interference in the judicial decision-making process, which must be based solely on the requirements of law and justice.

40 Within these two dimensions will be found the three essential characteristics of judicial independence set out in *Valente, supra*, namely financial security, security of tenure and administrative independence. Together, these characteristics create the relationship of independence that must exist between a court and any other entity. Their maintenance also contributes to the general perception of the court's independence. Moreover, these three characteristics must also be seen to be protected. In short, the constitutional protection of judicial independence requires both the existence in fact of these essential characteristics and the maintenance of the perception that they exist. Thus, each of them must be institutionalized through appropriate legal mechanisms.

41 This being the case, it remains for me to determine whether the elimination of the office of supernumerary judge in the Provincial Court of New Brunswick violates judicial independence by breaching one or more of its essential characteristics in either of its dimensions.

(2) Elimination of the Office of Supernumerary Judge and Judicial Independence

(a) *Security of Tenure*

42 In *Valente, supra*, at p. 695-96, it was found that in its individual dimension, the security of tenure provided for provincial court judges in Canada generally

des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement. Les règles attachées à ces deux dimensions découlent d'ailleurs d'impératifs quelque peu différents. L'indépendance individuelle s'attache aux fonctions purement juridictionnelles des juges, car le tribunal doit être indépendant pour trancher un litige donné de façon juste et équitable, alors que l'indépendance institutionnelle s'attache davantage au statut du judiciaire en tant qu'institution gardienne de la Constitution et reflète par le fait même un profond engagement envers la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, dans chacune de ses dimensions, l'indépendance vise à empêcher toute ingérence indue dans le processus de décision judiciaire, lequel ne doit être inspiré que par les exigences du droit et de la justice.

Au sein de ces deux dimensions s'inscrivent les trois caractéristiques essentielles à l'indépendance judiciaire énoncées dans *Valente*, soit la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance administrative. Ensemble, elles établissent la relation d'indépendance qui doit exister entre un tribunal et toute autre entité. Leur maintien conforte également la perception générale d'indépendance du tribunal. D'ailleurs, ces trois caractéristiques doivent elles aussi être perçues comme étant garanties. En somme, la protection constitutionnelle de l'indépendance judiciaire requiert à la fois l'existence en fait de ces caractéristiques essentielles et le maintien de la perception qu'elles existent. Ainsi chacune d'elles doit être institutionnalisée au travers de mécanismes juridiques appropriés.

Cela étant, il me reste à déterminer si l'élimination du poste de juge surnuméraire à la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick viole l'indépendance judiciaire par l'atteinte à l'une ou à plusieurs de ses caractéristiques essentielles dans l'une ou l'autre de ses dimensions.

(2) L'élimination du poste de juge surnuméraire et l'indépendance judiciaire

(a) *L'inamovibilité*

L'arrêt *Valente*, précité, p. 695-696, constate que, dans sa dimension individuelle, l'inamovibilité conférée aux juges de cours provinciales au Canada

required that they may not be dismissed by the executive before the age of retirement except for misconduct or disability, following a judicial inquiry. Similarly, in New Brunswick, s. 4.2 of the *Provincial Court Act* provides that a judge shall retire at the age of 75 and ss. 6.1 to 6.13 provide that a judicial inquiry shall be held in order to adjudicate on the merits of a recommendation that a judge be removed from office.

It was stated further that, in order for the individual dimension of security of tenure to be constitutionally protected, it was sufficient that a judge could be removed from office only for a reason relating to his or her capacity to perform his or her judicial duties (*Valente, supra*, at p. 697). Any arbitrary removal is accordingly prohibited. In this context, s. 6 of the *Provincial Court Act* seems to create adequate protection for judges of the Provincial Court of New Brunswick by indicating that “a judge holds office during good behaviour and may be removed from office only for misconduct, neglect of duty or inability to perform his duties”.

In the first place, therefore, it is necessary to determine whether the elimination of the office of supernumerary judge constituted an arbitrary removal of the respondent judges from office. To this end, the nature of their office must be examined and defined on the basis of the relevant legislation.

In order to find that there was a removal from office, the judges in the majority in the Court of Appeal relied first on the proposition that the functions of the supernumerary judge constituted a genuine separate judicial office, as opposed to a mere status. Therefore, according to Ryan J.A., the characteristic of security of tenure would apply separately to this office and consequently, a supernumerary judge could not be removed from office otherwise than for a reason linked to his or her ability to perform the duties of that office and following a judicial inquiry. Since the respondents had their offices as supernumerary judges abolished by legislation with no reason given that related to their ability to perform their duties and without any form of inquiry, not only was there a removal from office but

signifie généralement qu'ils ne peuvent être révoqués par l'exécutif avant l'âge de la retraite que pour mauvaise conduite ou invalidité, après enquête judiciaire. Ainsi, au Nouveau-Brunswick, l'art. 4.2 de la *Loi sur la Cour provinciale* établit qu'un juge doit prendre sa retraite à l'âge de 75 ans et les art. 6.1 à 6.13 prévoient la tenue d'une enquête judiciaire afin de statuer sur le bien-fondé d'une recommandation de révocation d'un juge.

On ajoute que, pour que la dimension individuelle de l'inamovibilité soit constitutionnellement protégée, il suffit qu'un juge ne puisse être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires (*Valente*, p. 697). Toute révocation arbitraire est donc proscrite. À cet égard, l'art. 6 de la *Loi sur la Cour provinciale* paraît établir une protection adéquate pour les juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick en énonçant qu'« un juge reste en fonction tant qu'il en est digne et ne peut en être démis que pour inconduite, négligence de ses devoirs ou inaptitude d'exercer ses fonctions ».

Il s'agit donc à prime abord de déterminer si l'élimination du poste de juge surnuméraire constituait une révocation arbitraire des juges intimés. Pour ce faire, la nature de leur charge doit être examinée et définie à partir de la législation pertinente.

Afin de conclure à la présence d'une révocation, les juges majoritaires en Cour d'appel se fondent d'abord sur la proposition selon laquelle les fonctions de juge surnuméraire constituent une véritable charge judiciaire distincte, par opposition à un simple statut. De ce fait, selon le juge Ryan, la caractéristique d'inamovibilité s'appliquerait distinctement à cette charge et par conséquent un juge surnuméraire ne pourrait être révoqué que pour un motif lié à sa capacité d'exercer les fonctions de sa charge, après enquête judiciaire. Comme les intimés ont vu leurs charges de juges surnuméraires abolies par voie législative en l'absence de motif lié à leur capacité d'exercer leurs fonctions et en l'absence de toute forme d'enquête, non seulement y a-t-il eu révocation,

43

44

45

this removal was arbitrary and unconstitutional in nature.

46 With the greatest respect, it is my opinion that this reasoning is ill-founded to the extent that the interpretation of the relevant legislation as a whole does not support its essential premise. In my judgment, there was simply no removal from the judicial office held by the respondent judges in this case.

47 First, s. 1 of the *Provincial Court Act* defined “judge” as including both a judge and a supernumerary judge. This means that, in electing to become a supernumerary, a judge nevertheless remained a judge of the Provincial Court. This finding is supported by the fact that a judge did not previously have to retire in order to become supernumerary. Rather, the judge decided to exercise his or her duties as a judge of the Provincial Court under different terms until he or she retired. Finally, it must be borne in mind that s. 9(1) of Bill 7 gave the supernumerary judges the possibility of resuming their duties full time. Obviously, therefore, there simply was no separate office linked to the position of supernumerary judge. Essentially, this position merely involved a reorganization of the workload of a judge of the Provincial Court. Consequently, there never was a real removal from office in this case and Judges Mackin and Rice at all times retained their security of tenure as judges of the Provincial Court.

48 Moreover, it was suggested that the possibility of sitting as a supernumerary judge was an integral part of the office of Provincial Court judge so that the elimination of this position could affect its integrity. The security of tenure of all provincial judges appointed before Bill 7 came into force would therefore have been infringed since the conditions applying to their office would have been fundamentally altered. Here again, I cannot accept such an argument. It seems to me to be a clear exaggeration to suggest that the possibility that a judge of the Provincial Court can sit as a supernumerary is an integral part of his main office and that the elimination of this possibility is therefore equivalent to

mais cette révocation était arbitraire et inconstitutionnelle.

Avec le plus grand respect, je suis d’avis que ce raisonnement est mal fondé, dans la mesure où sa proposition essentielle ne survit pas à une interprétation de l’ensemble de la législation pertinente. Selon moi, il n’y a tout simplement pas eu révocation de la charge judiciaire occupée par les juges intimés en l’espèce.

D’abord, l’art. 1 de la *Loi sur la Cour provinciale* définissait le terme « juge » comme incluant à la fois un juge et un juge surnuméraire. Cela signifie qu’un juge, en choisissant de devenir surnuméraire, demeurait néanmoins un juge de la Cour provinciale. Cette constatation est confortée par le fait qu’un juge n’était pas préalablement tenu de prendre sa retraite pour devenir surnuméraire. Il décidait plutôt d’exercer ses fonctions de juge de la Cour provinciale, selon des modalités différentes, jusqu’à ce qu’il prenne sa retraite. Enfin, il faut garder à l’esprit que le par. 9(1) de la Loi 7 donnait la possibilité aux juges surnuméraires de reprendre leurs fonctions à temps plein. À l’évidence, donc, il n’existait tout simplement pas de charge distincte attachée au poste de juge surnuméraire. Essentiellement, ce poste ne comportait qu’un réaménagement de la charge de travail de juge de la Cour provinciale. Par conséquent, il n’y a jamais eu de véritable révocation en l’espèce et les juges Mackin et Rice sont en tout temps demeurés inamovibles en tant que juges de la Cour provinciale.

On a par ailleurs suggéré que la possibilité de siéger comme juge surnuméraire faisait partie intégrante de la charge de juge de la Cour provinciale, de sorte que son élimination pouvait altérer l’intégrité de cette charge. L’inamovibilité de tous les juges provinciaux nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 aurait donc été atteinte, en ce que les conditions s’attachant à leur charge auraient été fondamentalement remaniées. Là encore, je ne peux me résoudre à accepter une telle proposition. Il me paraît clairement exagéré de laisser entendre que la possibilité pour un juge de la Cour provinciale de siéger comme surnuméraire est partie intégrante de sa charge principale et que par conséquent

removal from office. As I noted earlier, I view the definition of the duties of a supernumerary judge as pertaining to the office of a judge of the Provincial Court and not to a separate judicial office. The question as to whether, in certain circumstances, the conditions applying to a particular judicial office can be changed to the point where they are equivalent to a removal from office does not therefore arise in this case.

Finally, it was argued that the elimination of the position of supernumerary judge was contrary to security of tenure in that a judge able to perform 40 percent of the usual duties but unable to work full time could be forced to take early retirement. In my opinion, such a possibility should be classified as an inability to perform the duties of a Provincial Court judge rather than as a removal of that judge from office. Security of tenure within the meaning of the Constitution is therefore not affected. In short, the elimination of the duties of supernumerary judges affects first and foremost the definition of the duties of Provincial Court judges and must accordingly be treated as a question relating to the protection of financial security rather than security of tenure.

(b) *Financial Security*

(i) Overview

In *Valente, supra*, only the individual dimension of financial security was considered in connection with the determination of salaries by the executive branch. It was determined at that time that the constitutional requirements in this regard were limited to ensuring that the judges' salaries were provided for by law and that the executive could not arbitrarily encroach upon this right in a manner that affected the independence of the courts. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, it was confirmed that this obligation also applied to the legislative branch.

In the *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 121, it was clearly indicated that the financial security of provincial court judges also had an institutional dimension, shaping the relationships between the judiciary, on the one hand, and the executive and legislative branches, on the other.

l'élimination de cette possibilité équivaut à révocation. Comme je le note précédemment, je conçois la définition des fonctions de juge surnuméraire comme se rattachant au poste de juge de la Cour provinciale et non comme une charge judiciaire distincte. La question de savoir si, en certaines circonstances, les modalités d'exercice d'une charge judiciaire donnée peuvent être modifiées au point d'équivaloir à une révocation ne se pose donc pas en l'espèce.

Enfin, on plaide que l'élimination du poste de juge surnuméraire contrevient au principe d'immovibilité en ce qu'un juge capable de remplir 40 p. 100 des fonctions habituelles mais incapable de travailler à temps complet pourrait se voir forcé de prendre sa retraite prématurément. À mon avis, il vaut mieux caractériser une telle éventualité comme une incapacité de remplir les fonctions de juge de la Cour provinciale plutôt que comme une révocation. L'immovibilité au sens de la Constitution n'est donc pas touchée. En somme, l'élimination des fonctions de juge surnuméraire affecte d'abord et avant tout la définition des tâches incombant aux juges de la Cour provinciale et doit par conséquent être traitée comme une question relevant de la protection de la sécurité financière plutôt que de l'immovibilité.

(b) *La sécurité financière*

(i) Aperçu

Dans *Valente*, précité, seule la dimension individuelle de la sécurité financière est abordée, en rapport avec la fixation des traitements par le pouvoir exécutif. Cet arrêt détermine que les exigences constitutionnelles à cet égard se limitent à ce que le traitement des juges soit prévu par la loi et à ce que l'exécutif ne puisse arbitrairement empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance des tribunaux. *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, confirme que cette obligation s'applique aussi au pouvoir législatif.

Le Renvoi : Juges de la Cour provinciale, précité, par. 121, précise clairement que la sécurité financière des juges des cours provinciales a aussi une dimension institutionnelle, façonnant les relations entre la magistrature, d'une part, et les pouvoirs exécutif et législatif d'autre part.

49

50

51

52

Although it is a creation of the legislature, the provincial judiciary has important constitutional functions to perform, especially in terms of what it may do: ensure respect for the primacy of the Constitution under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; provide relief for violations of the *Charter* under s. 24; apply ss. 2 and 7 to 14 of the *Charter*; ensure compliance with the division of powers within Confederation under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*; and render decisions concerning the rights of the aboriginal peoples protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In short, given the position occupied by the provincial courts within the Canadian legal system, the Constitution requires them to remain financially independent of the other political branches (*Provincial Court Judges Reference, supra*, at paras. 124-30).

53

We are here dealing with a situation in which the New Brunswick legislature decided to make changes in the organization of its judiciary by means of a statute applying to all the judges of the Provincial Court. Such an exercise of power affects interactions of a purely institutional nature between the legislative and judicial branches and is accordingly likely to be subject to the requirements of the institutional dimension of financial security. A violation of the institutional aspect of financial security will, furthermore, have a concrete impact on the financial security of all judges of the Provincial Court.

54

As was stated in *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 131, each of the elements of financial independence at the institutional level results from the constitutional imperative that, as far as possible, the relationship between the judiciary and the other two branches of government should be depoliticized. This imperative makes it necessary for the judiciary to be protected against political interference from the other branches through financial manipulation and for it to be seen to be so protected. Furthermore, one must ensure that it does not become involved in political debates concerning the remuneration of persons paid out of public funds. In fact, the judge's role as a constitutional adjudicator requires that it be isolated therefrom and be seen to be so.

Bien qu'elle soit de création législative, la magistrature provinciale est investie d'importantes fonctions constitutionnelles, notamment en ce qu'elle est habilitée à faire : respecter la primauté de la Constitution en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; accorder réparation pour violation de la *Charte*, en vertu de l'art. 24; appliquer les art. 2, et 7 à 14 de la *Charte*; veiller au respect du partage des pouvoirs au sein de la fédération en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; et rendre des décisions relatives aux droits des peuples autochtones protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En somme, vu la place occupée par les cours provinciales au sein du système juridique canadien, la Constitution exige qu'elles demeurent financièrement indépendantes des autres pouvoirs politiques (*Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 124-130).

Nous sommes confrontés ici à une situation où la législature du Nouveau-Brunswick a décidé de modifier son organisation judiciaire au moyen d'une loi s'appliquant à tous les juges de la Cour provinciale. Un tel exercice de pouvoir touche les interactions d'ordre purement institutionnel entre les pouvoirs législatif et judiciaire et est donc susceptible d'être assujéti aux exigences liées à la dimension institutionnelle de la sécurité financière. Une atteinte à l'aspect institutionnel de la sécurité financière aura, du reste, des retombées concrètes sur la sécurité financière de tous les juges de la Cour provinciale.

Comme l'énonce le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 131, les éléments de l'indépendance financière au niveau institutionnel découlent chacun de l'impératif constitutionnel qui veut que, autant que possible, les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés. Cet impératif commande que la magistrature soit protégée contre l'ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière et qu'elle soit perçue comme telle. En outre, il faut veiller à ce qu'elle ne soit pas mêlée à des débats politiques sur la rémunération des personnes payées sur les fonds publics. En effet, son rôle d'arbitre constitutionnel requiert que la magistrature en soit et en paraisse isolée.

On the other hand, one must seek to enhance the impartiality of judges as well as the perception of such impartiality by minimizing their involvement in questions concerning their own remuneration while preventing the other branches of government from using their control of public funds in order to interfere with their adjudicative independence.

In the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at paras. 133-35, three elements or principles were found to be essential to the institutional dimension of financial security.

First, the salaries of provincial court judges may generally be reduced, increased or frozen but in order to do this, governments must resort to a body (usually called a “salary commission”) that is independent, effective and objective, and that will make recommendations. The provincial governments have a constitutional duty to make use of this process. The existence of such a body makes it possible for the legislative or executive branch to determine the level of remuneration while allaying the possibility of interference by way of financial manipulation or the perception that such a possibility of interference exists. The recommendations of this commission are not binding on the executive or the legislature. However, they may not be ignored lightly. If a decision is made to ignore them, the decision must be justified, if necessary, in a court of law on the basis of a simple rationality test. Such a process accordingly promotes the impartiality of the judiciary and its appearance by ensuring that the financial security of judges will not be at the mercy of political meddling.

Further, any negotiation — in the sense of trade-offs — concerning the salaries of the judges between a member or representative of the judiciary, on the one hand, and a member or representative of the executive or legislative branch, on the other hand, is prohibited. Such negotiations are fundamentally inconsistent with the independence of the judiciary. First, they are inevitably political as a result of the intrinsic nature of the question of salaries paid from the public purse. Second, the holding of such negotiations would undermine the perception of the

D’autre part, il faut chercher à favoriser l’impartialité des juges, ainsi que l’image d’impartialité, en réduisant au minimum leur participation aux débats concernant leur propre rémunération, tout en empêchant les autres branches du gouvernement d’utiliser leur contrôle des finances publiques pour s’immiscer dans leur indépendance juridictionnelle.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 133-135, trois éléments, ou principes, sont jugés essentiels à la dimension institutionnelle de la sécurité financière.

D’abord, les traitements des juges des cours provinciales peuvent généralement être réduits, augmentés ou bloqués, mais pour ce faire les gouvernements doivent avoir recours à un organisme (généralement appelé « commission de la rémunération ») indépendant, efficace et objectif, qui offrira ses recommandations. Les gouvernements provinciaux ont l’obligation constitutionnelle de recourir à ce processus. La présence d’un tel organisme permet en effet la fixation du niveau de rémunération par le législatif ou l’exécutif, tout en neutralisant la possibilité d’ingérence par la manipulation financière ou la perception qu’une telle possibilité d’ingérence existe. Les recommandations de cette commission ne lient pas l’exécutif ou la législature. Cependant, elles ne doivent pas être écartées à la légère. S’il est décidé de les écarter, cette décision doit être justifiée, au besoin devant une cour de justice, sur la base d’un critère de simple rationalité. Un tel processus favorise donc l’impartialité et l’image d’impartialité de la magistrature, en assurant que la sécurité financière des juges n’est pas à la merci des ingérences politiques.

Ensuite, toute négociation, au sens de marchandage, concernant le traitement des juges entre un membre ou représentant de la magistrature, d’une part, et un membre ou représentant de l’exécutif ou du législatif, d’autre part, est interdite. De telles négociations sont fondamentalement incompatibles avec l’indépendance de la magistrature. D’abord, elles sont immanquablement politiques, de par la nature intrinsèque de la question des rémunérations versées sur les fonds publics. De plus, la tenue de telles négociations minerait l’image d’indépendance

55

56

57

58

independence of the judiciary since the jurisdiction of the provincial courts entails that the government is frequently a party to disputes before those courts and salary negotiations are likely to give rise to certain obvious fears concerning the independence of the judiciary arising from the attitude of the parties to these negotiations.

59

Finally, reductions in the salaries of judges must not result in lowering these below the minimum required by the office of judge. Public trust in the independence of the judiciary would be weakened if the salaries paid to judges were so low that they led people to think that the judges were vulnerable to political or other pressures through financial manipulation. In order to counter the possibility that government inaction could function as a means of financial manipulation because the salaries of judges in constant dollars would be allowed to decline as a result of inflation and also to counter the possibility that these salaries would fall below the minimum required to ensure the independence of the judiciary, the salary commission must convene when a specified period has passed since its last report was submitted in order to examine the adequacy of the judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors.

60

Thus, the need to ensure that the process is depoliticized imposes negative and positive obligations on the legislative and executive branches because not only must they refrain from using their financial powers to influence judges in the performance of their duties, but they must also actively protect the independence of the judiciary by enacting appropriate legislative and institutional instruments.

61

The *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, at para. 136, also indicates that these principles apply to the pensions and other benefits given to judges. Hence, any measure taken by government that affects any aspect of the remuneration conditions of judges will automatically trigger the application of the principles relating to the institutional dimension of financial security.

62

It is now necessary to examine whether the functions of supernumerary judges and their abolition

de la magistrature, étant donné que la compétence des tribunaux provinciaux fait que l'État est fréquemment partie aux litiges dont ils sont saisis et que des négociations salariales pourraient faire naître certaines craintes évidentes quant à l'indépendance de la magistrature, du fait de l'attitude des parties à ces négociations.

Enfin, les réductions des traitements des juges ne doivent pas avoir pour effet d'abaisser ces traitements au dessous du minimum requis par la charge de juge. La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature serait affaiblie si les traitements versés aux juges étaient si bas qu'ils donneraient à penser que les juges sont vulnérables aux pressions politiques ou autres par le biais de la manipulation financière. Afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière en permettant la dégradation des traitements des juges en dollars constants, à cause de l'inflation, ainsi qu'à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature, les commissions de la rémunération doivent se réunir après une période déterminée suivant la présentation de leur dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents.

Ainsi, l'impératif de dépolitisation fait peser des obligations négatives et positives sur les pouvoirs législatif et exécutif. Car non seulement doivent-ils s'abstenir d'utiliser leurs pouvoirs financiers pour influencer les juges dans l'exercice de leurs fonctions, ils doivent, au surplus, protéger activement l'indépendance de la magistrature par l'adoption d'instruments législatifs et institutionnels appropriés.

Le Renvoi : Juges de la Cour provinciale, par. 136, précise également que ces principes s'appliquent aux pensions et autres avantages accordés aux juges. Donc, toute mesure gouvernementale affectant quelque aspect des conditions de rémunération des juges déclenchera automatiquement l'application des principes liés à la dimension institutionnelle de la sécurité financière.

Il faut donc examiner maintenant si les fonctions de juge surnuméraire et leur abolition ont une

have an impact on the financial security of judges of the Provincial Court.

(ii) Application to the Instant Case

1. *Does the Elimination of the Office of Supernumerary Judge Violate the Financial Security of the Judges of the Provincial Court?*

It appears that when it was created, the office of supernumerary judge was thought to provide a certain flexibility within the organization of the provincial judicial system. On the other hand, it enabled the government to benefit from the expertise of experienced judges while paying only the difference between a full salary and the pension that would in any event have been paid to a judge who had elected to retire. Hence, the conditions of eligibility for the office of supernumerary judge have always accurately reflected those of eligibility for a retirement pension. Moreover, these duties have already been described as creating a “useful bridge towards retirement” (M. L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), at p. 46 (emphasis added)).

For a judge of the Provincial Court of New Brunswick who had met certain conditions of age and seniority, the possibility of becoming a supernumerary judge was added to those of retiring and receiving a pension, on the one hand, and continuing to sit full time, on the other hand. Clearly, the only way to make such a position attractive was to offer conditions that were more advantageous than those linked to retirement or full-time duties.

Normally, a judge of the Provincial Court of New Brunswick who became a supernumerary judge enjoyed a substantial reduction in his or her workload while receiving a full salary. However, the *Provincial Court Act* was silent concerning the relative size of this reduction and, in s. 4.1(5), merely left this decision to the Chief Judge of the Court. In theory, therefore, this reduction could have been minimal or even non-existent. That was, in fact, what happened in the case of Judge Rice, who had to sit full time despite his supernumerary status because of the shortage of judges. However,

incidence sur la sécurité financière des juges de la Cour provinciale.

(ii) Application à l'espèce

1. *L'élimination du poste de juge surnuméraire porte-t-elle atteinte à la sécurité financière des juges de la Cour provinciale?*

Il appert qu'au moment de son instauration on pensait que le poste de juge surnuméraire procurerait une certaine flexibilité dans l'organisation du système judiciaire provincial. D'autre part, cela permettait au gouvernement de profiter de l'expertise de juges expérimentés, tout en défrayant uniquement la différence entre un plein traitement et la pension qui devait de toute façon être payée à un juge ayant opté pour la retraite. Ainsi, les conditions d'admissibilité au statut de surnuméraire ont toujours parfaitement reflété les conditions d'admissibilité à une pension de retraite. Par ailleurs, ces fonctions ont été décrites comme une « période transitoire utile avant la retraite » (M. L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995), p. 53 (je souligne)).

Pour un juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick ayant rempli certaines conditions d'âge et d'ancienneté, l'option de devenir juge surnuméraire s'ajoutait donc à celles de prendre sa retraite et toucher sa pension, d'une part, et de continuer à siéger à temps plein, d'autre part. Évidemment, la seule façon de rendre un tel poste attrayant était d'offrir des conditions plus avantageuses que celles de la retraite ou des fonctions à temps plein.

Normalement, un juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick devenant juge surnuméraire bénéficiait d'une réduction substantielle de sa charge de travail tout en conservant un plein traitement. Cependant la *Loi sur la Cour provinciale* est muette quant à l'importance relative de cette réduction; son par. 4.1(5) laissait simplement cette décision au juge en chef de la cour. En théorie donc, cette réduction aurait pu être minime, voire inexistante. C'est d'ailleurs ce qui est arrivé au juge Rice, qui a dû siéger à temps plein malgré son statut de surnuméraire en raison du manque d'effectifs. Cependant, la nor-

63

64

65

if such a practice had been widespread, it would almost certainly have eliminated access to the office of supernumerary judge as a reasonable choice for a judge who met the conditions of eligibility. The government of New Brunswick would then have been deprived of the benefits of flexibility and expertise contemplated when it created this office. Consequently, I do not believe that it is possible to examine the nature of the office of supernumerary judge on the basis of such an abstract reading of s. 4.1(5) of the Act that we end up completely ignoring the factual and legal contexts in which this provision was enacted. Moreover, by its very wording, which indicates that a supernumerary judge “shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge”(emphasis added), the Act appears to suggest a reduced workload.

66

In my opinion, therefore, it is necessary to take into account the uncontradicted evidence showing that it was understood by everyone that a supernumerary judge had to perform approximately 40 percent of the usual workload of a judge of the Provincial Court. The retirement pension received by a judge of the Provincial Court was equivalent to 60 percent of the full salary. The reasoning behind this understanding was accordingly that it was logical for a judge who was eligible for a pension equivalent to 60 percent of his or her full salary to be given an opportunity to perform 40 percent of his or her former duties in return for a full salary.

67

In light of what has been said above, it is my view that the system of supernumerary judges constituted an undeniable economic benefit for all the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force and for eventual candidates for the position of judge in the court. In other words, this type of benefit was certainly taken into consideration both by sitting judges and by candidates for the office of judge in planning their economic and financial affairs. Thus, it seems to me to be wrong to suggest that the abolition of the office of supernumerary judge did not violate the collective dimension of the financial security of the Provincial Court of New Brunswick. At the very least, this office provided a right to a potential benefit of a reduced

malisation d’une telle pratique aurait presque assurément éliminé le choix du statut de juge surnuméraire comme choix raisonnable offert à un juge remplissant les conditions d’admissibilité. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick aurait alors été privé des avantages de flexibilité et d’expertise envisagés lors de la création de ces fonctions. Par conséquent, je ne crois pas que l’on puisse procéder à un examen de la nature du poste de juge surnuméraire à partir d’une lecture si abstraite du par. 4.1(5) de la Loi que l’on finisse par faire totalement abstraction des contextes factuel et juridique dans lesquels cette disposition s’inscrivait. D’ailleurs, son texte même, énonçant qu’un juge surnuméraire « doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l’occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé » (je souligne), paraissait suggérer une charge de travail réduite.

Il faut donc, à mon avis, tenir compte de la preuve non-contredite selon laquelle il était entendu par tous qu’un juge surnuméraire devait accomplir environ 40 p. 100 de la charge habituelle de travail d’un juge de la Cour provinciale. La pension de retraite d’un juge de la Cour provinciale équivalait à 60 p. 100 du plein traitement. L’entente générale sur cette interprétation venait du raisonnement selon lequel il était logique qu’un juge admissible à une pension équivalent à 60 p. 100 de son plein traitement se voit offrir la possibilité de remplir 40 p. 100 de ses anciennes fonctions en contrepartie d’un plein traitement.

À la lumière de ce qui précède, je suis d’avis que le système de juges surnuméraires constituait un avantage économique indéniable pour tous les juges de la Cour provinciale nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 ainsi que pour d’éventuels candidats au poste de juge de cette cour. Autrement dit, ce genre d’avantage était certainement pris en considération tant par les juges en fonction que par des postulants au poste de juge dans la planification de leurs affaires économiques et financières. Aussi m’apparaît-il malvenu de suggérer que l’abolition du poste de juge surnuméraire ne portait pas atteinte à la dimension collective de la sécurité financière de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick. Pour le moins, ce poste créait un droit à l’avantage potentiel

workload, the extent of which was established by the Chief Judge, that is by judicial authority independent of the Executive or other government authority. Its abolition constituted a change in the conditions of office which were advantageous to the judges by denying them the option of being eligible for a less demanding workload to be determined in a manner respectful of the institutional independence of the court. This benefit was likely to be substantial, impacting the quality and style of life of judges in their latter years. The issue here is not whether this benefit is a sufficient guarantee of financial security or judicial independence, as was the issue in *Valente* to which my colleague Binnie J. refers, but whether the supernumerary status provided a substantial benefit pertaining to financial security likely to give rise to negotiation and politicization.

In my opinion, there is no distinction in principle between a straight salary cut and the elimination of offices that offer a clear economic benefit. Both give rise to the political aspects mentioned in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, that is to say they raise controversial questions of public policy and resource allocation and raise the possibility of interference by the other branches of government in the independence of the judiciary by means of financial manipulation. Indeed, as my colleague Binnie J. states, supernumerary status was adopted in New Brunswick after lengthy discussions between the government and the Provincial Court judges. Thus, the elimination of the office of supernumerary judge violates the institutional dimension of the financial security of judges of the Provincial Court of New Brunswick. A similar conclusion was drawn, moreover, by Parrett J. in *British Columbia (Provincial Court Judge) v. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289 (S.C.), at pp. 314-15.

In short, I consider that the opinion stated by this Court in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, requires that any change made to the remuneration conditions of judges at any given time must necessarily pass through the institutional filter of an independent, effective and objective

d'une charge de travail réduite dans la mesure que choisissait le juge en chef, c'est-à-dire un pouvoir judiciaire indépendant de l'exécutif ou autre pouvoir de l'État. Son abolition a modifié des conditions de travail avantageuses pour les juges en les privant de l'option d'être admissibles à une charge de travail moins exigeante qui serait déterminée dans le respect de l'indépendance institutionnelle de la cour. Cet avantage pouvait être substantiel et avoir des incidences sur la qualité et le style de vie des juges à la fin de leur carrière. La question en l'espèce n'est pas de savoir si cet avantage est une garantie suffisante de la sécurité financière ou de l'indépendance de la magistrature, comme la question examinée dans *Valente* dont parle mon collègue le juge Binnie, mais si le statut de surnuméraire conférait un avantage substantiel relativement à la sécurité financière susceptible de donner lieu à négociation et politisation.

À mon avis, il n'y a pas de distinction de principe entre une réduction de salaire pure et simple et l'élimination de postes présentant un avantage économique clair. L'une et l'autre revêtent les deux aspects politiques mentionnés dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, c'est-à-dire qu'elles suscitent des questions controversées d'intérêt public et d'allocation des ressources et font naître la possibilité d'une ingérence des autres pouvoirs de l'État dans l'indépendance du judiciaire par le biais de la manipulation financière. Mon collègue le juge Binnie déclare d'ailleurs que le statut de surnuméraire a été adopté au Nouveau-Brunswick après de longs pourparlers entre le gouvernement et les juges de la Cour provinciale. Ainsi, l'élimination du poste de juge surnuméraire porte atteinte à la dimension institutionnelle de la sécurité financière des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick. Une conclusion similaire est d'ailleurs tirée par le juge Parrett dans *British Columbia (Provincial Court Judge) c. British Columbia* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289 (C.S.), p. 314-315.

En somme, je considère que l'opinion offerte par notre Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précité, impose que toute modification apportée aux conditions de rémunération des juges à quelque moment que ce soit doit obligatoirement passer par le crible institutionnel d'un organisme

body so that the relationship between the judiciary, on the one hand, and the executive and legislative branches, on the other, remain depoliticized as far as possible. That is a structural requirement of the Canadian Constitution resulting from the separation of powers and the rule of law. By failing to refer the question of the elimination of the office of supernumerary judge to such a body, the government of New Brunswick breached this fundamental duty. The lack of a grandfather clause in favour of the supernumerary judges in office and the judges of the Provincial Court appointed before Bill 7 came into force also aggravates this initial violation. Consequently, Bill 7 must be declared invalid.

70

However, the foregoing reasoning must not be interpreted as negating or ossifying the exercise by the provinces of their legislative jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. While the provincial legislative assemblies have exclusive jurisdiction over “[t]he Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction”, that jurisdiction must nevertheless be exercised in accordance with the structural principles of the Canadian Constitution, including the independence of the judiciary. In other words, the New Brunswick government was pursuing a perfectly legitimate purpose in trying to make certain changes to the organization of its judiciary for reasons of efficiency, flexibility and cost savings. In light of the impact of the elimination of the position of supernumerary judge on the financial security of Provincial Court judges, it should however have exercised its legislative jurisdiction while complying with the process of review by an independent, effective and objective body prescribed by the Constitution.

2. *Justification and Section 1 of the Charter*

71

As I indicated at the beginning of my analysis, judicial independence is protected by both the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter*. Thus, not only is it a right enjoyed

indépendant, efficace et objectif, afin que les relations entre le judiciaire, d’une part, et l’exécutif et le législatif, d’autre part, demeurent aussi dépoliticisées que possible. C’est là une exigence structurelle de la Constitution canadienne découlant de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit. En omettant de renvoyer la question de l’élimination du poste de juge surnuméraire à un tel organisme, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a failli à cette obligation fondamentale. L’absence de clause de droits acquis en faveur des juges surnuméraires en fonction et des juges de la Cour provinciale nommés avant l’entrée en vigueur de la Loi 7 vient aggraver cette première atteinte. Par conséquent, la Loi 7 doit être déclarée invalide.

Il faudra néanmoins se garder d’interpréter le raisonnement qui précède comme niant ou paralysant à l’excès l’exercice par les provinces de leur compétence législative en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Car, si les assemblées législatives provinciales sont investies d’une compétence exclusive en regard de « [l]’administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l’organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle », il n’en demeure pas moins que cette compétence doit être exercée en conformité avec les principes structurels de la Constitution canadienne, dont l’indépendance de la magistrature. Autrement dit, le gouvernement du Nouveau-Brunswick poursuivait une fin parfaitement légitime en voulant apporter certains changements à son organisation judiciaire pour des motifs d’efficacité, de flexibilité et d’économie. Vu les incidences de l’élimination du poste de juge surnuméraire sur la sécurité financière des juges de la Cour provinciale, il devait cependant exercer sa compétence législative en respectant le processus d’examen par un organisme indépendant, efficace et objectif prescrit par la Constitution.

2. *La justification et l’article premier de la Charte*

Comme je le mentionne en début d’analyse, l’indépendance judiciaire est protégée à la fois par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et par l’al. 11d) de la *Charte*. Ainsi, non seulement

by a party subject to the threat of criminal proceedings but it is also a fundamental element underlying the very operations of the administration of justice. In other words, judicial independence functions as a prerequisite for giving effect to a litigant's rights including the fundamental rights guaranteed in the *Charter*.

Given the vital role played by judicial independence within the Canadian constitutional structure, the standard application of s. 1 of the *Charter* could not alone justify an infringement of that independence. A more demanding onus lies on the government. Thus, in the *Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 137, it was indicated that the elements of the institutional dimension of financial security did not have to be followed in cases of dire and exceptional financial emergencies caused by extraordinary circumstances such as the outbreak of war or imminent bankruptcy. In this case, it is clear that such circumstances did not exist in New Brunswick at the time when Bill 7 was passed. Moreover, no arguments were made by the appellant in this regard.

Since it had been decided in the *Provincial Court Judges Reference, supra*, to resolve the questions in dispute solely on the basis of s. 11(d) of the *Charter*, the question as to whether the violation of this provision could be justified under s. 1 was examined (paras. 277 *et seq.*). In this process, it was stated: (i) that the government had to adduce evidence to justify the violation; and (ii) that it was the fact that the independent, effective and objective process had been circumvented that had to be justified and not the content of the government measures. Although in my opinion a s. 1 analysis alone is not adequate to resolve the question as to whether the violation is justified, these principles remain applicable to the more demanding analysis required by the fundamental nature of judicial independence. In this case, the appellant did not adduce any evidence tending to show that its constitutional shortcomings were justified. Furthermore, in my judgment, the lack of a grandfather clause in Bill 7 aggravates the violation of judicial independence.

s'agit-il d'un droit conféré à un justiciable visé par des poursuites pénales, mais elle constitue au surplus un élément fondamental qui sous-tend le fonctionnement même de l'administration de la justice. Autrement dit, l'indépendance judiciaire est une condition préalable à la mise en œuvre des droits du justiciable dont, notamment, les droits fondamentaux garantis par la *Charte*.

Vu le rôle vital de l'indépendance judiciaire au sein de la structure constitutionnelle canadienne, l'application usuelle de l'article premier de la *Charte* ne saurait à elle seule en justifier l'atteinte. Un fardeau plus contraignant s'impose au gouvernement. Ainsi, le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* précise que les éléments de la dimension institutionnelle de la sécurité financière n'avaient pas à être suivis en cas de crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente (par. 137). Or, en l'espèce, il est manifeste que de telles circonstances n'existaient pas au Nouveau-Brunswick à l'époque de l'adoption de la Loi 7. Aucune argumentation n'a d'ailleurs été présentée par l'appelante à cet égard.

Puisque le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* décide de résoudre les questions litigieuses sur la seule base de l'al. 11d) de la *Charte*, il examine la question de savoir si l'atteinte à cette disposition peut être justifiée en vertu de l'article premier (par. 277 *et suiv.*). Dans cette analyse, la Cour déclare : (i) qu'il incombe au gouvernement de présenter une preuve justificative de l'atteinte; et (ii) que c'est le fait d'avoir contourné le processus indépendant, efficace et objectif qui doit faire l'objet de la justification et non le contenu des mesures gouvernementales. Même si je suis d'avis qu'une analyse selon l'article premier n'est pas à elle seule apte à résoudre la question de la justification de l'atteinte, ces principes demeurent applicables à l'analyse plus exigeante requise par le caractère fondamental de l'indépendance judiciaire. En l'espèce, l'appelante n'a présenté aucune preuve tendant à justifier ses manquements constitutionnels. De plus, je suis d'avis que l'absence de clause de droits acquis dans la Loi 7 aggrave l'atteinte à l'indépendance judiciaire.

3. *Appropriate Relief*

74

Some of the interveners suggested that the appellant did not breach its constitutional obligations set out in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, simply because under the directives issued by this Court on the rehearing in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, these obligations did not acquire their full effect until September 18, 1998 while Bill 7 came into force on April 1, 1995.

75

It is true that in order to ensure continuity in the proper administration of justice, the Court decided in the rehearing of the *Provincial Court Judges Reference*, to suspend all aspects of the requirement relating to the judges' salary commission, including any reimbursement for past salary reductions for one year following the date of the judgment in the first reference (para. 18). This order was designed to permit the courts whose independence was at issue to function nevertheless, while the governments proceeded to establish and implement the process of review by a commission required by the first *Provincial Court Judges Reference*. According to the order, the requirement relating to the judges' salary commission applied for the future, effective September 18, 1998. Lamer C.J. added at para. 20:

I note that the prospectiveness of the judicial compensation requirement does not change the retroactivity of the declarations of invalidity made in this case. . . . In the rare cases in which this Court makes a prospective ruling, it has always allowed the party bringing the case to take advantage of the finding of unconstitutionality. [Emphasis added.]

76

A similar solution is appropriate in this case. The respondents instituted their legal proceedings before the *Provincial Court of Judges Reference*, *supra*, was rendered. An injustice would be perpetuated if they were not allowed to take advantage of the finding of unconstitutionality in the same way as the parties to the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, solely on the basis of this sequence of events. As I indicated in the preceding paragraph, the suspension of the requirement for a commission was

3. *La réparation appropriée*

Certains intervenants ont suggéré que l'appelante n'a pas manqué aux obligations constitutionnelles énoncées dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, du simple fait qu'en vertu de directives données par notre Cour dans sa décision suivant la nouvelle audition du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, ces obligations avaient pris plein effet le 18 septembre 1998 alors que la Loi 7 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995.

Il est vrai qu'afin d'assurer le maintien de la bonne administration de la justice, la Cour a décidé lors de la nouvelle audition du *Renvoi* de suspendre tous les aspects de l'exigence concernant la commission de la rémunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitement, pendant une année à compter de la date du jugement initial (par. 18). Cette ordonnance visait à permettre aux tribunaux dont l'indépendance était en cause de fonctionner malgré tout, pendant que les gouvernements procédaient à l'établissement et à la mise en œuvre du processus d'examen par une commission requis par le premier *Renvoi*. Selon l'ordonnance, l'exigence relative à la commission de la rémunération des juges s'appliquait pour l'avenir, à compter du 18 septembre 1998. Le juge en chef Lamer ajoute au par. 20 :

Je souligne que le caractère prospectif de l'exigence relative à la rémunération des juges ne modifie pas la rétroactivité des déclarations d'invalidité prononcées dans la présente affaire [. . .] Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité. [Je souligne.]

Une solution similaire est appropriée en l'espèce. Les intimés ont commencé leurs procédures judiciaires avant la décision dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. Il serait injuste de ne pas leur permettre de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité au même titre que les parties dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, sur la seule base de la séquence des événements. Comme je le mentionne au paragraphe précédent, la suspension de l'exigence de la commission a été ordonnée

ordered solely on the basis of necessity, in order to permit the provincial courts to operate in the meantime in the absence of the required level of independence. However, it was certainly not a case of a blanket suspension of the constitutional obligations explained in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra* (see *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225 (Nfld. C.A.), at pp. 266-80 (*per Green J.A.*)). Also, in all fairness, I consider that the declaration of invalidity must benefit the respondents who are, for all practical purposes, in the same position as the successful parties in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*.

Moreover, this declaration applies to both the elimination of the office of supernumerary judge and its replacement by a new panel of part-time judges paid on a *per diem* basis since it is impossible for all practical purposes to dissociate both these aspects of Bill 7 (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 710-11; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518). However, in order to fill the legal vacuum that would be created by a simple declaration of invalidity, the declaration will initially be suspended *erga omnes* for a period of six months to allow the government of New Brunswick to provide a solution that meets its constitutional obligations (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). However, it is not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers. It is also the responsibility of the government to decide whether the existing judges' salary commission established by ss. 22.01 *et seq.* of the *Provincial Court Act* may validly consider the question of the abolition of the office of supernumerary judge.

B. Other Questions

(1) Damages

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages

uniquement pour des raisons de nécessité, afin de permettre aux tribunaux provinciaux de continuer à fonctionner en l'absence du niveau d'indépendance requis. Toutefois il ne s'agissait certainement pas d'une suspension généralisée des obligations constitutionnelles explicitées par le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* (voir *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (2000), 191 D.L.R. (4th) 225 (C.A.T.-N.), p. 266-280 (le juge Green)). Aussi, en toute équité, je suis d'avis que la déclaration d'invalidité doit profiter aux intimés, qui se trouvent, à toutes fins pratiques, dans la même situation que les parties ayant eu gain de cause dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*.

Par ailleurs, cette déclaration vise à la fois l'élimination du poste de juge surnuméraire et son remplacement par un tableau de juges à temps partiel payés sur une base journalière, puisqu'il est pratiquement impossible de dissocier ces deux aspects de la Loi 7 (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 710-711; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518). Cependant, afin de pallier au vide juridique que créerait une pure déclaration d'invalidité, la déclaration sera initialement suspendue *erga omnes* pour une période de six mois, afin de permettre au gouvernement du Nouveau-Brunswick d'apporter une solution conforme à ses obligations constitutionnelles (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721). Toutefois la Cour ne devrait pas dicter la marche à suivre pour remédier à la situation. En effet, comme il y a plus d'une façon d'y parvenir, il appartient au gouvernement de déterminer celle qui lui convient. Il appartient aussi au gouvernement de décider si l'actuelle commission sur la rémunération des juges mise en place par les art. 22.01 *et seq.* de la *Loi sur la Cour provinciale* peut valablement se saisir de la question de l'élimination des fonctions de juge surnuméraire.

B. Autres questions

(1) Les dommages-intérêts

Selon un principe général de droit public, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux

for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional (*Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42). In other words “[i]nvalidity of governmental action, without more, clearly should not be a basis for liability for harm caused by the action” (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, at p. 487). In the legal sense, therefore, both public officials and legislative bodies enjoy limited immunity against actions in civil liability based on the fact that a legislative instrument is invalid. With respect to the possibility that a legislative assembly will be held liable for enacting a statute that is subsequently declared unconstitutional, R. Dussault and L. Borgeat confirmed in their *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 5, at p. 177, that:

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. [Footnotes omitted.]

79

However, as I stated in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, since the adoption of the *Charter*, a plaintiff is no longer restricted to an action in damages based on the general law of civil liability. In theory, a plaintiff could seek compensatory and punitive damages by way of “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. In other words, this doctrine makes it possible to determine whether a remedy is appropriate and just in the circumstances. Consequently, the reasons that inform the general principle of public law are also relevant in a *Charter* context. Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define

n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle (*Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42). Autrement dit, [TRADUCTION] « l’invalidité n’est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité » (K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (1958), vol. 3, p. 487). Ainsi, au sens juridique, tant les fonctionnaires que les institutions législatives bénéficient d’une immunité restreinte vis-à-vis des actions en responsabilité civile dont le fondement serait l’invalidité d’un texte législatif. Quant à la possibilité qu’une assemblée législative soit tenue responsable pour l’adoption d’une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle, R. Dussault et L. Borgeat confirment dans leur *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 959, que :

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l’exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l’Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu’un par suite de l’adoption d’une loi. [Notes infrapaginales omises.]

Toutefois, comme je le mentionne dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*, précité, depuis l’adoption de la *Charte* un demandeur n’est plus limité uniquement à une action en dommages-intérêts fondée sur le droit général de la responsabilité civile. Il pourrait, en théorie, solliciter des dommages-intérêts compensatoires et punitifs à titre de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Or, l’immunité restreinte accordée à l’État constitue justement un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, cette doctrine permet de déterminer si une réparation est convenable et juste dans les circonstances. Par conséquent les raisons qui sous-tendent le principe général de droit public sont également pertinentes dans le contexte de la *Charte*. Ainsi, l’État et ses représentants sont tenus d’exercer

the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded (*Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (Ont. Div. Ct.)).

Thus, it is against this backdrop that we must read the following comments made by Lamer C.J. in *Schachter, supra*, 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*. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available. [Emphasis added.]

In short, although it cannot be asserted that damages may never be obtained following a declaration of unconstitutionality, it is true that, as a rule, an action for damages brought under s. 24(1) of the *Charter* cannot be combined with an action for a declaration of invalidity based on s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Applying these principles to the situation before us, it is clear that the respondents are not entitled to damages merely because the enactment of Bill 7 was unconstitutional. On the other hand, I do not find any evidence that might suggest that the government of New Brunswick acted negligently, in bad faith or by abusing its powers. Its knowledge of the unconstitutionality of eliminating the office of supernumerary judge has never been established. On the contrary, Bill 7 came into force on April 1, 1995, more than two years before this Court expressed its opinion in the *Provincial Court Judges*

leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés (*Crown Trust Co. c. The Queen in Right of Ontario* (1986), 26 D.L.R. (4th) 41 (C. div. Ont.)).

C'est sur cette toile de fond qu'il faut lire les commentaires du juge en chef Lamer dans *Schachter*, précité, p. 720, selon lesquels :

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*. Habituellement, si une disposition est déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24. [Je souligne.]

En somme, même s'il est impossible d'affirmer que des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, il est exact que, en règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lorsqu'on applique ces principes à la présente situation, il est évident que les intimés n'ont pas droit à des dommages-intérêts en raison simplement du caractère inconstitutionnel de l'adoption de la Loi 7. Par ailleurs, je ne trouve aucun élément de preuve qui puisse indiquer que le gouvernement du Nouveau-Brunswick a agi négligemment, de mauvaise foi, ou en abusant de ses pouvoirs. Il n'a jamais été démontré qu'il savait que l'élimination du poste de juge surnuméraire était inconstitutionnelle. Bien au contraire, la Loi 7 est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995, soit plus de deux années avant l'opinion rendue par

80

81

82

Reference, supra, which, it must be recognized, substantially altered the situation in terms of the institutional independence of the judiciary. Consequently, it may not reasonably be suggested that the government of New Brunswick displayed negligence, bad faith or wilful blindness with respect to its constitutional obligations at that time.

83 Furthermore, I cannot accept the statement of Ryan J.A. of the Court of Appeal that the failure of the Minister of Justice to keep his promise to refer Bill 7 to the Law Amendments Committee was an instance of bad faith that justified the awards of damages. Even if admitted to be true, such evidence is far from establishing a negligent or unreasonable attitude on the part of government. In fact, it has no probative value as to whether, in the circumstances, the legislation was enacted wrongly, for ulterior motives or with knowledge of its unconstitutionality.

84 The claim of the respondent judges for damages is accordingly dismissed.

(2) Costs

85 Although the appeal is allowed in part, the fact remains that the respondents are successful on the principal issue, namely the constitutional invalidity of the legislation in question. I would accordingly award their costs throughout.

86 At trial, the respondents were awarded party-and-party costs. In the Court of Appeal, this decision was reversed and it was decided that the government's conduct justified the award of solicitor-client costs. It is established that the question of costs is left to the discretion of the trial judge. The general rule in this regard is that solicitor-client costs are awarded only on very rare occasions, for example when a party has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134). Reasons of public interest may also justify the making of such an order (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 80).

cette Cour dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, qui, il faut le reconnaître, changeait considérablement la donne en matière d'indépendance institutionnelle de la magistrature. De ce fait, on ne peut raisonnablement suggérer que le gouvernement néo-brunswickois a fait preuve de négligence, de mauvaise foi ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ses obligations constitutionnelles d'alors.

En outre, je ne puis accepter la proposition du juge Ryan de la Cour d'appel, selon laquelle le non-respect par le ministre de la Justice de sa promesse de soumettre le projet de Loi 7 au Comité de modification des lois constituait un acte de mauvaise foi justifiant l'octroi de dommages-intérêts. Même en admettant sa véracité, une telle preuve est loin de démontrer une attitude négligente ou abusive de la part du gouvernement. En fait, elle n'a aucune valeur probante quant à savoir si, dans les circonstances, la loi a été adoptée de manière fautive, pour des motifs détournés ou avec la connaissance de son inconstitutionnalité.

La demande des juges intimés en dommages-intérêts est donc rejetée.

(2) Les dépens

Même si l'appel est accueilli en partie, il demeure que les intimés ont eu gain de cause sur la principale question en litige, soit l'inconstitutionnalité de la loi contestée. Je leur accorderais donc les dépens devant toutes les cours.

En première instance, les intimés ont obtenu des dépens entre parties. En Cour d'appel, cette décision a été infirmée et il a été décidé que le comportement du gouvernement justifiait l'octroi de dépens entre avocat et client. Il est établi que la question des dépens est laissée à la discrétion du juge de première instance. La règle générale en la matière veut que des dépens entre avocat et client ne soient accordés qu'en de rares occasions, par exemple lorsqu'une partie a fait preuve d'une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134). Des raisons d'intérêt public peuvent également fonder une telle ordonnance (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 80).

Although judicial independence is a noble cause that deserves to be firmly defended, it is not appropriate in my opinion to grant such a form of costs to the respondents in this case. I would accordingly award them their costs on a party-and-party basis.

VII. Disposition

The appeal is allowed in part. The *Act to Amend the Provincial Court Act* (Bill 7) is declared unconstitutional because it violates the institutional guarantees of judicial independence contained in s. 11(d) of the *Charter* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. Except with respect to the respondents, however, this declaration of unconstitutionality is suspended for a period of six months from the date of this judgment* to allow the government of New Brunswick to rectify the situation in accordance with its constitutional obligations as described in this decision and in the *Provincial Court Judges Reference, supra*. Accordingly, the constitutional questions are answered as follows:

Answer to question 1: Yes, with respect to financial security.

Answer to question 2: Yes.

Answer to question 3: No.

The respondents' claim for damages is dismissed.

However, since the respondents were successful on the main issue, they are entitled to their costs throughout.

The reasons of Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Gonthier J. I agree with his statement of the broad principles of judicial independence but, with respect, I do not agree that supernumerary status as defined in the

*On June 17, 2002, the period of suspension was extended to February 14, 2003. On January 24, 2003, the period of suspension was further extended to August 14, 2003.

Bien que l'indépendance judiciaire constitue une noble cause méritant d'être défendue ardemment, il n'est pas à mon avis approprié d'accorder une telle forme de dépens aux intimés en l'espèce. Je leur accorderais donc leurs dépens entre parties.

VII. Dispositif

L'appel est accueilli en partie. La *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale* (Loi 7) est déclarée inconstitutionnelle comme portant atteinte aux garanties institutionnelles d'indépendance judiciaire contenues à l'al. 11d) de la *Charte* et au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sauf à l'égard des intimés, cette déclaration d'inconstitutionnalité est toutefois suspendue pour une période de six mois à partir de la date du présent jugement* afin de permettre au gouvernement du Nouveau-Brunswick de remédier à la situation en conformité avec ses obligations constitutionnelles telles que décrites au présent arrêt ainsi que dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*. Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes :

Question 1 : Oui, à l'égard de la sécurité financière.

Question 2 : Oui.

Question 3 : Non.

La demande de dommages-intérêts des intimés est rejetée.

Ayant eu gain de cause sur la question principale en litige, les intimés ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Gonthier. Je suis d'accord avec son exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire mais je ne peux souscrire à l'opinion que

*Le 17 juin 2002, la période de suspension a été prorogée jusqu'au 14 février 2003. Le 24 janvier 2003, la période de suspension a été prorogée de nouveau jusqu'au 14 août 2003.

87

88

89

90

91

New Brunswick *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, constituted an economic benefit protected by the Constitution. The respondents' expectation that they would work only 40 percent of the time for 100 percent of the pay of a full-time judge was neither spelled out in the Act nor otherwise put in a legally enforceable form.

92

My colleague notes "the uncontradicted evidence showing that it was understood by everyone that a supernumerary judge had to perform approximately 40 percent of the usual workload of a judge of the Provincial Court" (para. 66 (emphasis added)). I do not doubt it. It seems clear that it was thus understood by both judges and government officials. The question, however, is whether the doctrine of judicial independence protects "understandings" about specific financial benefits that are pointedly not written into the governing legislation.

93

My colleague says that judicial independence must be protected by "objective legal guarantees" (para. 38). I agree. What we have here, however, is neither objective nor a guarantee. As my colleague notes (para. 65) the repealed provision of the New Brunswick *Provincial Court Act* defined the workload of a supernumerary judge only in terms of being "available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge" (s. 4.1(5)). The problem is not simply that the extent of the discretionary benefit was not specified in the Act. The more fundamental problem is that, as I read it, the legislation *guaranteed* no benefit at all.

94

We are not dealing here with the broad unwritten principles of the Constitution. There is no general constitutional entitlement for judges to work 40 percent of the time for a 100 percent salary. What is at issue is the claim to a particular supernumerary benefit said to be voluntarily conferred by the legislature in the 1988 Act, and thereafter unconstitutionally withdrawn in 1995. The argument is that once conferred, a benefit becomes wrapped

le statut de juge surnuméraire défini dans la *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, était un avantage économique protégé par la Constitution. L'expectative des intimés de ne travailler que 40 p. 100 du temps en contrepartie de la pleine rémunération de juge à temps plein n'était ni inscrite dans la Loi ni autrement prescrite sous une forme légalement exécutoire.

Mon collègue note « la preuve non-contredite selon laquelle il était entendu par tous qu'un juge surnuméraire devait remplir environ 40 p. 100 de la charge habituelle de travail d'un juge de la Cour provinciale » (par. 66 (je souligne)). Je n'en doute pas. Il semble clair que cela était entendu par les juges et les représentants du gouvernement. La question est toutefois de savoir si le principe de l'indépendance judiciaire protège des « ententes » sur des avantages financiers précis qui, fait significatif, ne figurent pas dans la loi applicable.

Mon collègue affirme que l'indépendance judiciaire doit être protégée par « des garanties juridiques objectives » (par. 38). Je suis d'accord. Toutefois, ce dont il s'agit en l'espèce n'est ni objectif ni garanti. Comme mon collègue le souligne (par. 65), la disposition abrogée de la *Loi sur la Cour provinciale* du Nouveau-Brunswick définissait la charge de travail du juge surnuméraire en disant uniquement qu'il « doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l'occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé » (par. 4.1(5)). Le problème n'est pas simplement que l'étendue de l'avantage discrétionnaire n'était pas stipulée dans la Loi. Selon mon interprétation, le problème plus fondamental est que le texte législatif ne *garantissait* absolument aucun avantage.

Il ne s'agit pas ici des principes constitutionnels généraux non écrits. Il n'existe aucun droit constitutionnel général habilitant des juges à travailler 40 p. 100 du temps en contrepartie d'une pleine rémunération. Le litige vise un avantage particulier que l'on dit avoir été volontairement conféré aux juges surnuméraires par la législature dans la loi de 1988 et inconstitutionnellement abrogé en 1995. L'argument veut que l'avantage, une fois conféré, jouit de la

in constitutional protection and beyond legislative recall except in accordance with the independent, objective and effective procedure mandated by the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Court Judges Reference*”).

In this case, however, the New Brunswick legislature refused to make a reduced workload commitment in framing the supernumerary provisions of the 1988 amendments. (No one argues that such refusal was itself contrary to unwritten constitutional guarantees.) The omission of any guarantee of a reduced workload in the original 1988 amendments was plain for all to see from the outset. The legislature thereafter refused to make sufficient funds available to fund a number of new judicial appointments to permit the supernumerary scheme to work as the judges had anticipated. The budget allocation fell well short of the earlier expectations raised by government officials, but it was consistent with the legislature’s refusal throughout to provide any sort of a legislated guarantee of a reduced workload. The result was that, while a judge on supernumerary status was required by law to do whatever judicial duties were assigned by the Chief Judge, the Chief Judge was prevented by a shortage of judges from giving effect in most cases to the expectations of the judges who elected supernumerary status.

As the Provincial Court judges were given no guarantee in the Act, it follows that the anticipated reduced workload attaching to supernumerary status contended for by the respondents formed no part of the constitutional guarantee of judicial independence of the court of which they were members. The repeal of a potential benefit voluntarily conferred by the legislature, that was wholly discretionary as to whether in practice it produced any benefit at all, could not and in my view did not undermine their institutional independence. I would therefore allow the appeal.

Facts

Supernumerary status was introduced in New Brunswick by the 1987 amendments to the Act, which came into force January 1, 1988. From

protection constitutionnelle et ne peut être abrogé par le législateur sauf en conformité avec le processus indépendant, efficace et objectif prévu dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* »).

Cependant la législature du Nouveau-Brunswick a refusé d’inscrire dans les modifications de 1988 applicables aux juges surnuméraires tout engagement de réduire la charge de travail. (Personne ne prétend que ce refus contrevenait en soi à des garanties constitutionnelles non écrites.) L’omission de garantir une réduction de la charge de travail dans les modifications de 1988 était évidente pour tous dès le départ. La législature a par la suite refusé de fournir des fonds suffisants pour financer la nomination d’un certain nombre de juges pour permettre que le régime des juges surnuméraires fonctionne comme les juges l’avaient prévu. L’enveloppe budgétaire était bien inférieure aux attentes antérieures suscitées par les fonctionnaires, mais elle était compatible avec le refus constant de la législature de garantir dans la loi une réduction de la charge de travail. Il en a résulté qu’un juge surnuméraire devait, en vertu de la loi, exécuter les fonctions judiciaires que lui assignait le juge en chef, mais que ce dernier, en raison de la pénurie de juges, ne pouvait répondre dans la plupart des cas aux attentes des juges qui avaient choisi de devenir surnuméraires.

Puisque la Loi ne donnait aux juges de la Cour provinciale aucune garantie, la réduction prévue de la charge de travail attachée, selon les intimés, au statut de juge surnuméraire, ne faisait pas partie de la garantie constitutionnelle d’indépendance judiciaire de la cour dont ils étaient membres. L’abrogation d’un avantage potentiel conféré volontairement par la législature, dont la réalisation dépendait en pratique d’un pouvoir entièrement discrétionnaire, ne pouvait pas miner leur indépendance institutionnelle et ne l’a pas fait à mon avis. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

Les faits

Le statut de juge surnuméraire est créé au Nouveau-Brunswick par des modifications en 1987 de la Loi, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

95

96

97

then until its repeal seven years later, six Provincial Court judges elected supernumerary status. Their varied work histories illustrate the basic flaw in the respondents' legal argument, namely the absence of *any* guaranteed benefit — let alone a 40 percent workload benefit — attaching to supernumerary status under the legislative scheme.

98 The respondent, Judge Douglas Rice, elected supernumerary status on April 30, 1993 after more than 21 years on the bench. His workload was not reduced to 40 percent of what it had been. It seems not to have been reduced significantly between 1993 and his eventual retirement.

99 In the companion case the respondent, Judge Ian Mackin elected to become supernumerary on August 15, 1988 after 25 years on the bench. In the initial period his workload did not reduce appreciably either but thereafter he eased off, travelled extensively, and for at least five years prior to 1995 was able to winter for six months or so in Australia while drawing 100 percent of the salary of a Provincial Court judge on regular status.

100 Judge James D. Harper, one of the other judges who elected supernumerary status continued, like Judge Rice, more or less at full throttle. Some of the supernumerary judges he thought did “little or no work”, i.e., much less than a 40 percent workload. Others he thought worked “very hard indeed”. On November 7, 1994 Judge Harper wrote to Chief Judge Hazen Strange:

Naturally, I have been well aware that many of the supernumeraries had not been pulling their weight and were receiving full pay for little or no work. As you well know, however, there are at least two such Judges who work very hard indeed.

101 The uneven workload was caused by many factors, including both the receptiveness and/or professionalism of supernumerary judges and, more importantly, the severe resource constraints confronting the Provincial Court as a whole. There were only six supernumerary judges and, as stated, the government failed to appoint judges to replace at least two of them, namely Judge Rice and Judge

Entre leur entrée en vigueur et leur abrogation sept ans plus tard, six juges de la Cour provinciale ont choisi ce statut. Leur expérience professionnelle diversifiée illustre bien la lacune fondamentale de l'argumentation des intimés, le fait que le texte législatif ne garantissait *aucun* avantage — sans même parler de charge de travail réduite à 40 p. 100 — au statut de surnuméraire.

Le juge Douglas Rice, intimé, choisit de devenir juge surnuméraire le 30 avril 1993 après plus de 21 ans dans la magistrature. Sa charge de travail n'est pas réduite à 40 p. 100 de ce qu'elle était. Elle semble ne pas diminuer beaucoup entre 1993 et son départ à la retraite.

Dans le pourvoi connexe, le juge Ian Mackin, intimé, choisit de devenir surnuméraire le 15 août 1988, après 25 ans de magistrature. Initialement, sa charge de travail ne diminue pas beaucoup non plus, mais par la suite, il ralentit et commence à beaucoup voyager; en fait, au moins pendant les cinq années antérieures à 1995, il passe ses hivers en Australie et y reste six mois environ, tout en continuant de toucher son plein traitement de juge.

Le juge James D. Harper, un autre juge qui a choisi de devenir surnuméraire, a continué de travailler plus ou moins à plein régime, comme le juge Rice. À son avis, certains juges surnuméraires fournissaient « peu ou pas de travail », c.-à-d. bien moins que 40 p. 100 de la charge normale, tandis que d'autres travaillaient « très fort ». Le 7 novembre 1994, le juge Harper écrit au juge en chef Hazen Strange :

[TRADUCTION] Je suis bien conscient du fait que beaucoup de juges surnuméraires ne faisaient pas leur part et recevaient plein salaire pour peu ou pas de travail. Cependant, comme vous le savez bien, il y a au moins deux juges surnuméraires qui travaillent très fort.

Les fluctuations de la charge de travail résultent de plusieurs facteurs dont la réceptivité et le professionnalisme des juges surnuméraires et, fait encore plus important, la grave pénurie de ressources dans l'ensemble de la Cour provinciale. Il n'y avait que six juges surnuméraires et, on l'a dit, le gouvernement n'avait pas nommé de remplaçants pour au moins deux d'entre eux, les juges Rice et Harper.

Harper. As the Chief Judge explained in his testimony:

A. The most difficult administrative responsibility and the one that took the most time was assigning judges around the Province. At some stages we had more courts sitting on a given day, almost, than we had judges, and we had a number of satellite courts — I think at one stage 21 — I think we had at one stage 24 permanent courts and we only had something like 23 judges. So the most difficult part of my job, really, was to assign judges to courts so that they wouldn't go empty.

Q. Okay.

A. And that was true for ten years.

The administrative troubles of the Chief Judge did not end on March 3, 1995, when royal assent was given to *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.N.B. 1995, c. 6 repealing the provisions permitting supernumerary status. By law, each of the six incumbent judges on supernumerary status was required to elect by April 1, 1995 whether to retire or to work full-time as a member of the court. Each of them did so except the respondent Judge Mackin who refused to elect one way or the other, apparently taking the view that to make an election would be to give the 1995 repeal undeserved credibility. In his view the repeal was unlawful, and on April 25, 1995, he gave notice to the Crown of his intention to challenge in court its constitutionality.

The following day, April 26, 1995, without waiting for his constitutional challenge to proceed, Judge Mackin entered a courtroom that was not in session in the provincial courthouse at Moncton and in the presence of a couple of Crown attorneys and other members of the bar declared that he would no longer “sit, hear and decide cases under the duress of these amendments”.

By letter dated May 17, 1995 he was ordered back to work by his Chief Judge. Judge Mackin declined to comply. In his view he could no longer be considered “independent” within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Comme l'explique le juge en chef dans son témoignage :

[TRADUCTION] R. La responsabilité administrative la plus difficile et celle qui prenait le plus de temps était d'assigner des juges à travers la province. À certains moments, nous avions pratiquement plus de séances un jour donné que de juges, et nous avions plusieurs tribunaux satellites — à un moment donné, 21 je crois — je pense qu'à un moment, nous avions 24 cours permanentes et seulement quelque chose comme 23 juges. Réellement, la plus difficile de mes tâches était d'assigner les juges aux diverses cours de façon qu'elles ne restent pas vides.

Q. D'accord.

R. Cette situation a duré dix ans.

Les tracasseries administratives du juge en chef ne prennent pas fin le 3 mars 1995, avec la sanction royale de la *Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale*, L.N.-B. 1995, ch. 6, qui abroge les dispositions régissant le statut de surnuméraire. Aux termes de la loi, chacun des six juges surnuméraires doit choisir, avant le 1^{er} avril 1995, entre prendre sa retraite ou reprendre ses fonctions à temps plein. Tous font un choix, sauf le juge Mackin, intimé, qui refuse de se prononcer dans un sens ou dans l'autre, estimant apparemment que cela conférerait une crédibilité injustifiée à l'abrogation de 1995. Selon lui, l'abrogation est illégale et, par avis en date du 25 avril 1995, il informe le procureur général de son intention d'en contester judiciairement la constitutionnalité.

Le lendemain, le 26 avril 1995, avant même que procède la contestation constitutionnelle, le juge Mackin entre dans une salle d'audience de la Cour provinciale à Moncton, qui n'est pas en séance, et, en présence d'avocats de la Couronne et d'autres avocats, déclare que dorénavant il refusera de [TRADUCTION] « siéger, instruire et juger sous la contrainte de ces modifications ».

Par lettre en date du 17 mai 1995, le juge en chef lui donne l'ordre de retourner au travail. Le juge Mackin refuse d'obtempérer. Il estime ne plus pouvoir être considéré comme « indépendant » au sens de l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

102

103

104

105 On June 16, 1995 Judge Mackin's application for an injunction to restrain the Chief Judge from "assigning, designating or otherwise requiring [him] to perform Judicial . . . duties" was dismissed by Russell J. of the Court of Queen's Bench.

106 The Chief Judge took the view that Judge Mackin's constitutional objection had been overruled by a superior court, and that public confidence in the judiciary would suffer unless Judge Mackin accepted that legal result unless and until it was overturned by a higher court. Thus, on July 19, 1995, although he appeared to share Judge Mackin's view of the invalidity of the legislation repealing supernumerary status, the Chief Judge wrote to Judge Mackin to say "I believe you have had sufficient time to study the decision by Justice RUSSELL". He then reiterated his insistence that Judge Mackin return to work. Judge Mackin's response was to declare himself on sick leave. This was eventually supported by a one-sentence "report" from a Dr. Paul Doucet dated August 2, 1995 advising that Judge Mackin would not be returning to work for "an undetermined period of time because of medical reasons". When asked by the Chief Judge for an explanation from Dr. Doucet of the "medical reasons", Judge Mackin had his lawyers respond that it was "entirely possible" that the Chief Judge's request for an explanation was in contravention of the provincial *Human Rights Act*. The legal basis for such a curious suggestion was not disclosed.

107 Eventually a pattern developed whereby Judge Mackin, when he worked at all, would go into court and frequently either adjourn matters for lengthy periods of time or enter a stay of proceedings. As Chief Judge Strange testified:

What was happening — there was one case, particularly — it was a rather terrible one where the alleged victim was a young person, a sexual assault — that was just put over for a month or two or three or four. Witnesses were showing up; the Crown was bringing witnesses in, sometimes from far away, sometimes from right there. It would just be adjourned, adjourned, adjourned, and it was making a farce of the situation; it

Le 16 juin 1995, le juge Russell de la Cour du Banc de la Reine rejette la demande d'injonction du juge Mackin visant à empêcher le juge en chef [TRADUCTION] « de l'assigner, de le désigner ou de lui demander autrement d'exercer des fonctions judiciaires ».

Le juge en chef estime que la contestation constitutionnelle du juge Mackin a été écartée par une cour supérieure et que la confiance du public dans la magistrature sera diminuée si le juge Mackin n'accepte pas ce résultat juridique, du moins tant qu'il n'est pas infirmé en appel. En conséquence, le 19 juillet 1995, le juge en chef, bien qu'il ait paru partager le point de vue du juge Mackin sur l'invalidité de la loi abrogeant le statut de surnuméraire, lui écrit en ces termes : [TRADUCTION] « Je pense que vous avez eu suffisamment de temps pour examiner la décision du juge RUSSELL ». Il réitère ensuite qu'il exige qu'il retourne à son travail. La réponse du juge Mackin est de prendre un congé de maladie. Ce congé est justifié par la suite dans un « rapport » d'une phrase daté du 2 août 1995 dans lequel le D^r Paul Doucet précise que le juge Mackin ne retournera pas au travail [TRADUCTION] « pendant une période indéterminée, pour des raisons médicales ». Lorsque le juge en chef demande au D^r Doucet une explication des « raisons médicales », le juge Mackin fait répondre par ses avocats qu'il est [TRADUCTION] « très possible » que sa demande contrevienne à la *Loi sur les droits de la personne* de la province. On n'a pas révélé le fondement juridique de cet argument curieux.

Par la suite, le juge Mackin, quand il travaille, adopte l'habitude de se présenter en salle d'audience et, fréquemment, de déclarer des ajournements de longue durée ou d'ordonner l'arrêt des procédures. Selon le témoignage du juge en chef Strange :

[TRADUCTION] Ce qui se passait — je pense à une affaire en particulier, une affaire assez terrible dans laquelle la victime présumée était une jeune personne, un cas d'agression sexuelle — il se contentait de reporter d'un, deux, trois ou quatre mois. Les témoins se présentaient; le ministère public assignait des témoins qui venaient parfois de loin, parfois de près. Le procès était simplement ajourné, ajourné, ajourné, ce qui rendait

wasn't fair to the accused; it wasn't fair to the prosecutors; it wasn't fair to the witnesses, and simply nothing was going ahead in his court

On November 14, 1995, the Chief Judge obtained from the Court of Queen's Bench a *mandamus* order requiring Judge Mackin "to hold sittings at the places and on the days designated by the Chief Judge of the Provincial Court of New Brunswick and to hear and determine cases properly brought before him during such sittings". Judge Mackin's appeal from this order was dismissed (with a variation in costs) on April 12, 1996.

In the meantime Judge Mackin had continued with his policy of granting a stay of proceedings to any accused who requested it. This had the effect of preventing the further prosecution of some quite serious criminal charges. In *R. v. McCully* on February 13, 1996, for example, the following exchange took place in Judge Mackin's court:

[Crown Attorney]: . . . I wish the record to indicate clearly that the Crown was prepared to proceed. Our witnesses, who are present, we had nothing to give notice of any motion [i.e. for a stay of proceedings].

Court: Yeah, so the — this case is stayed due to the non-structural independence of the Provincial Court.

[Crown Attorney]: Might I presume, Your Honour, that in all cases in which you're going to be sitting, you'll be staying proceedings?

Court: If anybody requests it.

[Crown Attorney]: As long as someone makes the request?

Court: Yeah.

[Crown Attorney]: Okay.

Court: Well, that's my decision.

As regularly as Judge Mackin granted a stay of proceedings in these cases his decision was reversed by the New Brunswick Court of Appeal. On June 26, 1996 it reversed Judge Mackin in *R. v. Woods* (1996), 179 N.B.R. (2d) 153. On February 12, 1997

la situation grotesque; ce n'était pas équitable pour l'accusé; ce n'était pas équitable pour la poursuite; ce n'était pas équitable pour les témoins, et tout simplement rien n'avancait dans les affaires confiées au juge Mackin . . .

Le 14 novembre 1995, le juge en chef obtient de la Cour du Banc de la Reine une ordonnance de *mandamus* enjoignant au juge Mackin de [TRADUCTION] « siéger aux endroits et dates fixés par le juge en chef de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et d'entendre et juger les affaires régulièrement portées devant lui au cours de ces audiences ». Le 12 avril 1996, l'appel du juge Mackin est rejeté (avec une modification dans les dépens).

Dans l'intervalle, le juge Mackin continue sa pratique d'accorder l'arrêt des procédures à tout accusé qui le demande, ce qui a pour effet de mettre fin à des poursuites dans le cas de certaines accusations criminelles graves. Par exemple, le 13 février 1996, dans l'affaire *R. c. McCully*, l'échange suivant a lieu devant le juge Mackin :

[TRADUCTION] [Avocat de la Couronne] : . . . Je veux que le dossier indique clairement que le ministère public était disposé à procéder. Nos témoins sont présents, il n'y avait pas matière à avis de requête [c.-à-d. pour un arrêt des procédures].

Cour : Oui, alors — l'arrêt des procédures est ordonné en raison de l'absence d'indépendance structurelle de la Cour provinciale.

[Avocat de la Couronne] : Votre Honneur, dois-je supposer que vous allez ordonner l'arrêt des procédures dans toutes les affaires dont vous êtes saisi?

Cour : Si quelqu'un me le demande.

[Avocat de la Couronne] : Dans la mesure où quelqu'un le demande?

Cour : Oui.

[Avocat de la Couronne] : D'accord.

Cour : Bien, c'est là ma décision.

Tout aussi régulièrement que le juge Mackin prononce l'arrêt des procédures, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick infirme sa décision. C'est ce qui arrive dans *R. c. Woods* (1996), 179 R.N.-B. (2^e) 153, le 26 juin 1996, et dans *R. c. Lapointe*, [1997]

108

109

110

he was again corrected in *R. v. Lapointe*, [1997] N.B.J. No. 57 (QL) (C.A.). On June 23, 1997 the Court of Appeal had to repeat again its disapproval of the entry of a stay of proceedings in similar circumstances in *R. v. Leblanc* (1997), 190 N.B.R. (2d) 70.

111 On April 10, 1996, the New Brunswick Minister of Justice complained about Judge Mackin's conduct to the Judicial Council of New Brunswick. About a week later, on April 19, 1996, Judge Mackin retaliated with a letter to the provincial Solicitor General requesting that contempt proceedings be brought against the provincial Minister of Justice. The province eventually rejected Judge Mackin's demand based on an opinion from the Deputy Attorney General of Alberta.

112 On June 5, 1996 the Judicial Council took the view that it ought not to take action in Judge Mackin's case until the various court proceedings had been "finally dealt with" and concluded that "the present complaint is premature".

113 Those who were required to appear in Judge Mackin's court bore the brunt of the difficulties. A number of extracts from the testimony of Chief Judge Strange (who, as stated, continued to express support for the constitutional challenge itself) gives the flavour of the situation in which members of the public found themselves:

This was causing a terrible situation. We had witnesses showing up, sometimes on relatively serious matters, sometimes from a great distance, and lawyers showing up, prosecutors showing up and so on, and matters were simply being stayed or more likely adjourned over to a lengthy date. And it was reaching the stage where it was simply upsetting the whole court system down there.

[Judge Mackin's] going to the courtroom and he's adjourning cases in 90 percent of the time. I was getting calls constantly that he wouldn't do any cases. He would adjourn them, adjourn them, and this has continued right up until — well, as recently I know is last December

A.N.-B. n° 57 (QL) (C.A.), le 12 février 1997. Le 23 juin 1997, dans *R. c. Leblanc* (1997), 190 R.N.-B. (2^e) 70, la Cour d'appel doit encore réitérer qu'elle désapprouve l'inscription d'un arrêt des procédures dans des circonstances semblables.

Le 10 avril 1996, le ministre de la Justice du Nouveau-Brunswick se plaint de la conduite du juge Mackin auprès du Conseil de la magistrature du Nouveau-Brunswick. Environ une semaine plus tard, le 19 avril 1996, le juge Mackin contre-attaque avec une lettre au Solliciteur général de la province demandant que soit intentée une procédure pour outrage au tribunal contre le ministre provincial de la Justice. La province rejette finalement la demande du juge Mackin en se fondant sur un avis du sous-procureur général de l'Alberta.

Le 5 juin 1996, le Conseil de la magistrature décide de ne pas prendre de mesures dans le dossier du juge Mackin jusqu'à ce qu'il soit [TRADUCTION] « disposé de façon définitive » des diverses procédures judiciaires et conclut que [TRADUCTION] « la plainte est prématurée ».

Ce sont les personnes appelées à comparaître devant le juge Mackin qui subissent la plus grande part des difficultés. Plusieurs passages du témoignage du juge en chef Strange (qui, je le rappelle, continuait d'appuyer la contestation constitutionnelle) illustrent la situation de certains membres du public :

[TRADUCTION] Cela créait une situation terrible. Nous avions des témoins venant parfois de très loin, qui se présentaient, parfois dans des affaires relativement sérieuses; des avocats se présentaient, des poursuivants se présentaient et ainsi de suite; on prononçait alors tout simplement l'arrêt des procédures ou encore plus vraisemblablement l'ajournement à une date éloignée. On en était arrivé au point où cette situation bouleversait tout simplement l'ensemble du système judiciaire à cet endroit.

[Le juge Mackin] se rendait à l'audience et ajournait l'audition des dossiers dans 90 p. 100 des cas. Je recevais constamment des appels disant qu'il n'allait plus entendre de litiges. Il allait ordonner des ajournements, des ajournements; cela s'est poursuivi

[1997] when there were 112 charges adjourned to one afternoon on December 15th. I mean that was not conducive to putting cases properly through the court and it was not conducive to treating people properly.

In these circumstances, the Chief Judge and his colleagues ultimately decided not to ask Judge Mackin to take on cases of any importance, as the Chief Judge explained in evidence:

I didn't want, as Chief Judge, any big cases where victims would be humbled or hurt or witnesses would show up and be sent home. I didn't want anything like that going in there. We'd had enough of that and it was wrong.

The respondent Judge Douglas Rice carried his full work load through to the date of his retirement on October 15, 1997. No replacement judge was named until after his departure. Judge Harper died in office. No replacement judge was named until after his death. The respondent Judge Ian Mackin reached mandatory retirement age on April 7, 2000.

Analysis

Judicial independence is a cornerstone of constitutional government. Financial security is one of the essential conditions of judicial independence. Yet, unless these principles are interpreted in light of the public interests they were intended to serve, there is a danger that their application will wind up hurting rather than enhancing public confidence in the courts.

In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, this Court made the fundamental point that the guarantee of judicial independence was for the benefit of the judged, not the judges. Its purpose was not only to ensure that justice is done in individual cases, but to ensure public confidence in the court system as a whole. Le Dain J. stated at p. 689:

Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial,

jusque récemment — je sais qu'au mois de décembre dernier [1997], 112 accusations ont été ajournées au 15 décembre, dans l'après-midi. Je tiens à préciser que cette situation n'était pas propice à l'audition régulière des dossiers par la cour ni au bon traitement des personnes.

Compte tenu de ces circonstances, le juge en chef et ses collègues décident en fin de compte de ne pas confier au juge Mackin des dossiers ayant une importance quelconque. Voici ce que dit le juge en chef :

[TRADUCTION] Comme juge en chef, je ne voulais pas de gros dossiers dans lesquels les victimes seraient humiliées ou offensées ou dans lesquels des témoins se présenteraient et devraient repartir chez eux. Je ne voulais rien de cela. C'était arrivé trop souvent et c'était inadmissible.

L'intimé le juge Douglas Rice s'est acquitté de sa pleine charge de travail jusqu'à son départ à la retraite le 15 octobre 1997. Aucun juge suppléant n'a été nommé avant son départ. Le juge Harper était encore en fonction quand il est décédé. Aucun juge suppléant n'a été nommé avant son décès. L'intimé le juge Ian Mackin a atteint l'âge de la retraite obligatoire le 7 avril 2000.

Analyse

L'indépendance judiciaire est une pierre angulaire du gouvernement constitutionnel. La sécurité financière est une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Cependant, à moins que ces principes ne soient interprétés en fonction des intérêts d'ordre public qu'ils visent à servir, il y a danger que leur application compromette la confiance du public dans les tribunaux, au lieu de l'accroître.

Dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, la Cour énonce le principe fondamental selon lequel la garantie d'indépendance de la magistrature a été établie au profit des justiciables et non des juges. Elle vise non seulement à ce que justice soit rendue dans des cas individuels, mais aussi à assurer la confiance du public dans l'ensemble du système judiciaire. Le juge Le Dain dit à la p. 689 :

Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et

114

115

116

117

and that the test for independence should include that perception.

118

A similar note was struck by Lamer C.J. in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139:

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a “means” to this “end”. If judges could be perceived as “impartial” without judicial “independence”, the requirement of “independence” would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public’s perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

It should be stated that neither Judge Rice nor Judge Mackin suggest that the 1995 repeal affected in any way their impartiality. Nor, I think can the repeal be said to have undermined their individual independence because their full salary and security of tenure were not affected. Their argument is that it undermined the *institutional* independence of the court of which they were members.

119

In the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, Lamer C.J. returned to the need for a purposive interpretation of the guarantee of judicial independence at para. 156 where he adopted this proposition:

Financial security is an essential condition of judicial independence. It must not, however, be considered abstractly. It must be considered in relation to its purpose, which is, ultimately, to protect the judiciary from economic manipulation by the legislature or executive.

120

Lamer C.J. emphasized the point again at para. 193:

I want to make it very clear that the guarantee of a minimum salary is not meant for the benefit of the judiciary. Rather, financial security is a means to the end of judicial independence, and is therefore for the benefit of the public. As Professor Friedland has put it, speaking as a concerned citizen, it is “for our sake, not for theirs”. . . .

121

The solution mandated in the *Provincial Court Judges Reference*, *supra*, was to erect an institutional barrier (an “independent, effective and objective process”) between the legislature and executive

que le critère de l’indépendance comporte cette perception . . .

Le juge en chef Lamer exprime une opinion analogue dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139 :

La garantie d’indépendance judiciaire vise dans l’ensemble à assurer une perception raisonnable d’impartialité; l’indépendance judiciaire n’est qu’un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l’« indépendance » judiciaire, l’exigence d’« indépendance » serait inutile. Cependant, l’indépendance judiciaire est essentielle à la perception d’impartialité qu’a le public. L’indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l’impartialité judiciaire.

Il faut préciser que ni le juge Rice ni le juge Mackin ne laissent entendre que l’abrogation de 1995 a de quelque façon touché leur impartialité. On ne peut pas dire non plus que l’abrogation a miné leur indépendance individuelle puisqu’ils conservaient leur plein traitement et l’inamovibilité. Leur argumentation consiste à dire qu’elle a sapé l’indépendance *institutionnelle* de la cour dont ils étaient membres.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précité, le juge en chef Lamer revient sur la nécessité d’une interprétation téléologique de la garantie d’indépendance judiciaire en adoptant au par. 156 la proposition suivante :

[TRADUCTION] La sécurité financière est une condition essentielle de l’indépendance de la magistrature. Cependant, cet élément doit être considéré non pas dans l’abstrait, mais plutôt en relation avec son objet qui est, en définitive, de protéger le judiciaire contre la manipulation financière du législatif ou de l’exécutif.

Le juge en chef Lamer fait de nouveau ressortir ce point au par. 193 :

Je veux qu’il soit bien clair que le fait de garantir un traitement minimal ne vise pas à avantager les juges. La sécurité financière est plutôt un moyen d’assurer l’indépendance de la magistrature et, de ce fait, elle est à l’avantage du public. Comme l’a dit le professeur Friedland, en tant que citoyen concerné, une telle mesure est « dans notre propre intérêt » . . .

La solution imposée dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* était d’ériger un rempart institutionnel (un « processus indépendant, efficace et objectif ») entre la législature et

on the one hand and the judiciary on the other to deal with matters related to the judges' financial security. The constitutional requirement was to "depoliticize" the relationship. This appeal does not put in issue the merits of the solution. It does put in issue the boundaries of what may fairly be described as matters related to the guarantee of financial security.

The need for a purposive approach was acknowledged by the New Brunswick Court of Appeal in these cases, *per* Ryan J.A.:

The *Re Provincial Court Judges* case focused on the independence of the judiciary, a concept frequently misunderstood because its purpose is a protection to the public, not a benefit to judges. [Emphasis added.]

((1999), 235 N.B.R. (2d) 1, at para. 25)

In light of the history of this litigation it would not be surprising if the witnesses and parties and members of the public in Judge Mackin's court from 1995 onwards "misunderstood" the concept of judicial independence in so far as it is said to be for their benefit, and not for the benefit of the judges.

The legislature *could* have provided (but did not) that a supernumerary judge was obliged to work no more than 100 of the 251 court sitting days per year. In that event, I would have agreed with my colleague Gonthier J. that legislative repeal of such a significant fixed benefit without a prior review by an independent, effective and objective process (such as a remuneration commission) would be unconstitutional. Nothing in these reasons should be read as dissenting in any way from the process mandated in the *Provincial Court Judges Reference* to depoliticize the adjustment of judicial compensation.

My disagreement with my colleague is therefore quite narrow, and proceeds in the following steps:

(i) the essentials of judicial independence, including financial security, necessarily reside in

l'exécutif, d'un côté, et la magistrature, de l'autre, pour les questions relatives à la sécurité financière des juges. L'exigence constitutionnelle était de « dépolitiser » les rapports. Le présent pourvoi ne remet pas en question le bien-fondé de la solution. Il met en cause les limites de ce que l'on peut qualifier équitablement de questions touchant la garantie de sécurité financière.

Dans sa décision en l'espèce, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, sous la plume du juge Ryan, reconnaît la nécessité d'une interprétation téléologique :

[TRADUCTION] L'arrêt *Renvoi : juges de la Cour provinciale* portait sur l'indépendance de la magistrature, un concept souvent mal compris car son objet est de protéger le public, et non d'avantager les juges. [Je souligne.]

((1999), 235 R.N.-B. (2^e) 1, par. 25)

Compte tenu de l'historique du présent litige, il ne serait pas étonnant que les témoins, les parties et les membres du public des audiences présidées par le juge Mackin après 1995 « comprennent mal » le concept de l'indépendance judiciaire dans la mesure où l'on dit qu'il est à leur avantage et non à celui des juges.

La législature *aurait pu* prévoir qu'un juge surnuméraire n'était pas tenu de siéger plus de 100 jours sur les 251 jours de séance par année, mais elle ne l'a pas fait. Dans ce cas, j'aurais été d'accord avec mon collègue le juge Gonthier pour dire qu'il serait inconstitutionnel d'abroger un avantage prescrit si important sans examen préalable dans le cadre d'un processus indépendant, efficace et objectif (comme une commission sur la rémunération). Rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme un désaccord avec la procédure imposée dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* en vue de dépolitiser la détermination du traitement des juges.

Mon désaccord avec mon collègue est donc assez restreint et suit le cheminement suivant :

(i) les aspects essentiels de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, résident

122

123

124

- | | |
|--|--|
| <p>objective and enforceable guarantees established in the governing law;</p> <p>(ii) Provincial Court judges on supernumerary status in New Brunswick were guaranteed a full-time salary. The guarantee was honoured;</p> <p>(iii) Provincial Court judges on supernumerary status were guaranteed security of tenure. The guarantee was honoured;</p> <p>(iv) Provincial Court judges on supernumerary status were not guaranteed a 40 percent workload in exchange for full pay, or indeed any reduction in workload of an enforceable nature;</p> <p>(v) a constitutional rule that provided that any decrease or increase in an undefined judicial workload could only be initiated through a remuneration commission would be unworkable;</p> <p>(vi) the existence (or repeal) of discretionary benefits does not threaten judicial independence;</p> <p>(vii) the disappointed expectations of the Provincial Court judges, however understandable, do not justify a finding of unconstitutionality.</p> | <p>nécessairement dans des garanties objectives et exécutoires établies dans la loi applicable;</p> <p>(ii) une garantie de plein traitement a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et elle a été respectée;</p> <p>(iii) une garantie d'inamovibilité a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale et elle a été respectée;</p> <p>(iv) aucune garantie n'a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale d'une réduction de la charge de travail à 40 p. 100 en contrepartie d'un plein traitement, ni d'aucune réduction de nature exécutoire;</p> <p>(v) une règle constitutionnelle prévoyant qu'une charge de travail indéfinie ne peut être augmentée ou réduite que par une commission sur la rémunération serait impraticable;</p> <p>(vi) l'existence (ou l'abrogation) d'avantages discrectionnaires ne menace pas l'indépendance judiciaire;</p> <p>(vii) les expectatives déçues des juges de la Cour provinciale, si compréhensibles soient-elles, ne justifient pas une conclusion d'inconstitutionnalité.</p> |
|--|--|

I propose to deal with each of these points in turn.

J'examinerai successivement chacun de ces points.

- (i) *The essentials of judicial independence, including financial security, necessarily reside in objective and enforceable guarantees established in the governing law.*

- (i) *Les aspects essentiels de l'indépendance judiciaire, dont la sécurité financière, résident nécessairement dans des garanties objectives et exécutoires établies dans la loi applicable.*

125

The bedrock of judicial independence, whether in relation to the individual judge or to the court of which he or she is a member, is the requirement of objective non-discretionary guarantees. Thus in *Valente*, Le Dain J. referred at p. 688 to the test adopted in that case by the Ontario Court of Appeal, namely whether the alleged deficiencies in "the status of [the judges of the Ontario Provincial Court] gave rise to a reasonable apprehension that the tribunal lacked the capacity to adjudicate in an independent manner". Le Dain J. added, "[t]his I take to be

L'exigence de garanties objectives non discrectionnaires est l'assise de l'indépendance de la magistrature, tant pour le juge pris individuellement que pour la cour dont il fait partie. Ainsi, dans *Valente*, précité, p. 688, le juge Le Dain cite le critère adopté par la Cour d'appel de l'Ontario, à savoir que les lacunes reprochées « au statut de juge de cour provinciale faisaient naître une crainte raisonnable que le tribunal n'ait pas la capacité de statuer d'une manière indépendante ». Il poursuit : « Je pense que c'est là plus précisément une référence au statut

more clearly a reference to the objective status or relationship of judicial independence, which in my opinion is the primary meaning to be given to the word ‘independent’ in s. 11(d)” (emphasis added). Thus, he concluded, “judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees” (p. 689).

The essential guarantees of judicial independence (both individual and constitutional) are security of tenure, financial security and administrative independence in relation to adjudicative matters.

For present purposes, the discussion in *Valente* of financial security is instructive. According to Le Dain J., the salaries of superior court judges, “fixed” in a federal statute pursuant to s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, represent “the highest degree of constitutional guarantee of security of tenure and security of salary and pension” (p. 693), but this is not essential. While Ontario Provincial Court judges’ salaries were not “fixed” by legislation, they were guaranteed by regulation. “The essential point”, Le Dain J. said, “is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge” (p. 706).

The situation here is very different. There were no guarantees of reduced workload in the Act. As the respondent Judge Rice testified, “If the Chief Judge asked me to do something, I did it”. The rule that security of tenure, financial security and administrative independence in relation to adjudicative matters must be guaranteed in the law in *explicit non-discretionary terms*, was endorsed in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 75, and *Lippé*, at p. 143. Thus, if a measure is essential to judicial independence it cannot be left up in the air as a matter of discretion.

In the *Provincial Court Judges Reference*, Lamer C.J. pointed out at para. 112 that “the objective guarantees define th[e] status” of independence

objectif ou à la relation d’indépendance judiciaire, qui, à mon avis, est le premier sens qu’il faut donner au terme “indépendant” de l’al. 11d) » (je souligne). Il conclut donc que « l’indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives » (p. 689).

Les garanties essentielles de l’indépendance judiciaire (tant individuelle qu’institutionnelle) sont l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative en matières juridictionnelles.

Aux fins du pourvoi, l’analyse de la sécurité financière dans *Valente* est intéressante. Selon le juge Le Dain, le fait que les traitements des juges des cours supérieures sont « fixés » dans une loi fédérale, conformément à l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, représente « le plus haut degré de garantie constitutionnelle d’inamovibilité et de sécurité de traitement et de pension » (p. 693), mais ce n’est pas essentiel. Même si les traitements des juges de la Cour provinciale de l’Ontario n’étaient pas « fixés » par une loi, ils étaient garantis par règlement. Selon le juge Le Dain, « [l]’essentiel [. . .] est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu’en aucune manière l’exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l’indépendance du juge pris individuellement » (p. 706).

La situation en l’espèce est très différente. La Loi ne garantit aucune réduction de la charge de travail. Le juge Rice, intimé, dit dans son témoignage : [TRADUCTION] « Si le juge en chef me demandait de faire quelque chose, je le faisais ». La règle que l’inamovibilité, la sécurité financière et l’indépendance administrative pour les matières juridictionnelles doivent être garanties dans la loi en des *termes explicites non discrétionnaires* a été adoptée dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 75, et *Lippé*, p. 143. En conséquence, si une mesure est essentielle à l’indépendance judiciaire, elle ne peut être laissée en suspens à titre de question discrétionnaire.

Dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, le juge en chef Lamer fait remarquer que « les garanties objectives définissent [le] statut »

126

127

128

129

(emphasis in original). In that case statutory provisions that lacked concrete guarantees were held insufficient to ensure judicial independence. Thus an Alberta statutory provision that said the government *may* set judicial salaries for provincial judges was declared unconstitutional even though a regulation subsequently made under the same Act made it mandatory (paras. 221-22). A Manitoba statutory provision withdrawing provincial court staff as a cost cutting measure on specific days (“Filmon Fridays”) was declared unconstitutional because the Court refused to “read down” the legislation to eliminate the objection. Lamer C.J. stated that “to read down the legislation to its proper [i.e. constitutional] scope would amount to reading in those objective conditions and guarantees” (para. 276). This, he said, was not permissible.

d’indépendance ((par. 112) souligné dans l’original). Dans ce renvoi, des dispositions législatives ne comportant pas de garanties concrètes sont jugées insuffisantes pour assurer l’indépendance judiciaire. Ainsi, est déclarée inconstitutionnelle une disposition législative de l’Alberta indiquant que le gouvernement *peut* fixer les traitements des juges de la Cour provinciale même si un règlement pris ultérieurement en vertu de la même loi en fait une obligation (par. 221-222). Une disposition législative au Manitoba prévoyant, à titre de mesure de réduction des dépenses, le retrait du personnel de la cour provinciale certains jours (les « vendredis de Filmon ») est déclarée inconstitutionnelle parce que la Cour refuse de donner une « interprétation atténuée » au texte de loi pour éliminer l’objection. Selon le juge en chef Lamer, « le fait d’interpréter de façon atténuée le texte de loi pour lui donner son champ d’application approprié [c.-à-d. constitutionnel] reviendrait à considérer qu’il comporte ces conditions et garanties objectives » (par. 276), ce qui n’est pas permis.

130 In this case we are asked to read specific guarantees of workload reduction into the *Provincial Court Act* in order that we can declare their repeal to be unconstitutional.

En l’espèce, on nous demande de tenir pour incluses dans la *Loi sur la Cour provinciale* des garanties précises de réduction de la charge de travail afin de pouvoir déclarer leur abrogation inconstitutionnelle.

131 It is only by reading in such guarantees that repeal of the statutory provisions could be said to require recourse to a remuneration commission. If, as I believe, there is no guarantee in the legislation of workload reduction, there is nothing to repeal that could be said to entail one of the objective guarantees that “define” the status of judicial independence (*Provincial Court Judges Reference, supra*, at para. 112).

Il faut tenir ces garanties pour incluses dans la loi pour pouvoir dire que l’abrogation des dispositions législatives exige le recours à une commission sur la rémunération. Si, comme je le crois, la loi ne contient aucune garantie de réduction de la charge de travail, il n’y a rien à abroger que l’on pourrait considérer comme touchant une des garanties objectives qui « définissent » le statut de l’indépendance de la magistrature (*Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 112).

132 Perhaps the closest analogy to the case now before us is provided by one of the provisions struck down in *Valente, supra*. It authorized the reappointment of retired Ontario Provincial Court judges to sit “at pleasure” (p. 699). The evidence accepted by the Court was that by *tradition* these appointments were as secure as the tenure of regular Provincial Court judges who held office during good

L’une des dispositions invalidées dans *Valente*, précité, offre peut-être l’analogie la plus proche du présent pourvoi. Cette disposition autorisait la nouvelle nomination à titre amovible des juges de la Cour provinciale de l’Ontario à la retraite. Notre Cour a accepté la preuve que, *traditionnellement*, ces nominations étaient aussi protégées que la charge des juges titulaires de cour provinciale

behaviour. The existence and strength of this tradition was accepted by the Ontario Court of Appeal as sufficient to guarantee judicial independence. Le Dain J. noted that “Howland C.J.O. placed considerable emphasis on the role of tradition as an objective condition or safeguard of judicial independence” (p. 699). Howland C.J.O. had cited, *inter alia*, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 120:

The independence of the judiciary has since become such a powerful tradition in the United Kingdom and Canada that there may be little point in a fine analysis of the language of the provisions by which it is formally guaranteed.

This Court disagreed. The “fine analysis of the language of the provisions” was thought to be very important indeed. Le Dain J., speaking for a unanimous Court, ruled that traditions and expectations, however strongly observed, “cannot supply essential conditions of independence for which specific provision of law is necessary” (p. 702 (emphasis added)). This is particularly the case where the terms of the law are at odds with the alleged expectation. The Ontario law provided, contrary to the alleged tradition, that retired judges would on reappointment hold office “at pleasure” (p. 699). Here the law simply provided that the judge on supernumerary status would be available to perform whatever judicial duties were assigned. To read a specific workload limitation into such a provision would be to amend the legislation.

In my view, with respect, there must be a specific provision of law to guarantee a judge full-time pay for part-time work if it is sought (as here) to make that guarantee part of the bulwark of judicial independence.

The lesson from these cases is that traditions and expectations, however widely shared, do not constitute “objective conditions” for the purposes of defining the judicial independence required by s. 11(d) of the *Charter*. The Court cannot amend the legislation by reading in expectations, however widely

nommés à titre inamovible. La Cour d’appel de l’Ontario a considéré que l’existence et la force de cette tradition étaient suffisantes pour garantir l’indépendance judiciaire. Le juge Le Dain, p. 699, note que « le juge en chef Howland a accordé une importance considérable au rôle de la tradition en tant que condition ou garantie objectives de l’indépendance judiciaire ». Le juge en chef Howland avait notamment cité P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 120 :

[TRADUCTION] L’indépendance du pouvoir judiciaire est devenue depuis une tradition tellement puissante au Royaume-Uni et au Canada que procéder à une analyse subtile des textes qui la garantissent formellement n’aurait guère d’utilité.

La Cour s’est dite en désaccord, considérant qu’une « analyse subtile des textes » était en fait très importante. Le juge Le Dain, au nom de la Cour unanime, décide que les traditions et les attentes, si fortement respectées soient-elles, « ne peu[vent] fournir les conditions essentielles d’indépendance qui doivent être prévues expressément par la loi » (p. 702 (je souligne)). Cela est particulièrement vrai lorsque le texte de loi ne concorde pas avec les attentes alléguées. La loi de l’Ontario prévoyait, contrairement à la tradition invoquée, que les juges à la retraite pouvaient être nommés de nouveau à titre amovible (p. 699). En l’espèce, la loi prévoyait simplement que le juge surnuméraire exerçait les fonctions judiciaires qui lui étaient assignées. Considérer comme incluse dans une telle disposition une réduction spécifique de la charge de travail reviendrait à modifier la loi.

En toute déférence, je pense que la loi doit expressément garantir au juge un plein traitement en contrepartie d’un travail à temps partiel pour faire de cette garantie (comme on cherche à le faire en l’espèce) un élément du rempart de l’indépendance judiciaire.

La leçon à tirer de ces arrêts est que les traditions et les attentes, même largement reconnues, ne sont pas des « conditions objectives » pour définir l’indépendance judiciaire exigée par l’al. 11d) de la *Charte*. La Cour ne peut modifier la loi en tenant pour incluses des attentes,

133

134

135

shared (as in the anticipation of a 40 percent workload of supernumerary judges in New Brunswick) or expectation based on longstanding tradition (as in the tenure of post-retirement appointees to the Ontario provincial bench).

136 I do not underestimate the importance of the unwritten customs and traditions that support the institutional independence of the courts. I say only that a particular workload benefit, which never rose to the level of being specified let alone guaranteed in law, does not constitute part of the “objective guarantees” that define the status of judicial independence and which thereby attract constitutional protection.

137 If the legislative provision is so imprecise as not to be capable of constituting part of the guarantee of financial security (or, more broadly, of judicial independence), its existence is not essential to the constitutionality of the court, and its repeal is not therefore constitutionally prohibited.

(ii) *Provincial Court judges on supernumerary status in New Brunswick were guaranteed a full-time salary. The guarantee was honoured.*

138 In *Valente, Beauregard, Lippé*, and the *Provincial Court Judges Reference*, the Court established “the essential” guarantees of judicial independence. One of these is financial security. No objection is taken to the statutory guarantee of a fixed salary to Provincial Court judges on regular status (s. 14(2)). The judges on supernumerary status were guaranteed the same salary by their inclusion in the definition of “judge” in s. 2(1) of the Act. When the respondents returned to regular status on April 1, 1995, there was no change in either the amount of their pay or its protected status.

(iii) *Provincial Court judges on supernumerary status were guaranteed security of tenure. The guarantee was honoured.*

139 The respondents Mackin and Rice continued to enjoy the same security of tenure as Provincial

même largement reconnues (comme l’attente d’une charge de travail de 40 p. 100 pour les juges surnuméraires du Nouveau-Brunswick) ou fondées sur une longue tradition (l’inamovibilité alléguée des juges de la Cour provinciale de l’Ontario nommés après leur retraite).

Je ne sous-estime pas l’importance des coutumes et traditions non écrites qui soutiennent l’indépendance institutionnelle des tribunaux. Je dis seulement qu’un avantage donné relatif à la charge de travail, qui n’a jamais été garanti ni même mentionné dans une loi, ne fait pas partie des « garanties objectives » qui définissent le statut d’indépendance judiciaire et jouissent de ce fait d’une protection constitutionnelle.

Si la disposition législative est si imprécise qu’elle ne peut être un élément de la garantie de sécurité financière (ou, de façon plus générale, de la garantie d’indépendance judiciaire), son existence n’est pas essentielle à la constitutionnalité du tribunal et son abrogation n’est pas interdite par la Constitution.

(ii) *Une garantie de plein traitement a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick et elle a été respectée.*

Dans *Valente, Beauregard, Lippé et Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, précités, notre Cour a établi les garanties « essentielles » de l’indépendance judiciaire. L’une d’elles est la sécurité financière. Aucune objection n’est soulevée quant à la garantie légale d’un traitement fixe pour les juges titulaires de la Cour provinciale (par. 14(2)). Le même salaire était garanti aux juges surnuméraires par leur inclusion dans la définition du mot « juge » au par. 2(1) de la Loi. Quand les intimés ont repris leur statut de juges titulaires le 1^{er} avril 1995, le montant et la protection de leur traitement sont demeurés inchangés.

(iii) *Une garantie d’inamovibilité a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale et elle a été respectée.*

Les intimés Mackin et Rice ont continué de bénéficier de la même inamovibilité que les juges

Court judges on regular status. As mentioned, they were included in the definition of “judge”. I agree with my colleague Gonthier J. (at para. 47) that their supernumerary status did not give rise to any special tenure. Those who elected to become supernumerary were not “appointed” or “re-appointed”. The original appointment continued in effect with the *potential* of a reduction in workload of an indeterminate amount at an indeterminate time. As the respondent Judge Rice wrote in his letter of February 17, 1993 to the Minister of Justice electing supernumerary status:

This election is not, in any way, to be considered as my resignation from my appointment as a Judge of the Provincial Court.

In the New Brunswick Court of Appeal, Ryan J.A. argued that the use of the word “office” in s. 4.1(3) implied a separate and distinct tenure that was wiped out by the 1995 amendments. It is true that the word “office” has a special connotation in law, but it is not associated with any particular security of tenure: *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), *per* Lord Reid, at p. 65. In *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, the “office” holder was a probationary police constable whose tenure was at pleasure. If Ryan J.A. were correct that use of the word “office” connoted a distinct and separate tenure from that of the Provincial Court judges on regular status, the result would have been an office without clear legislative definition. The holders of the allegedly distinct office of supernumerary judge would have lacked from the outset the objective guarantees of judicial independence. Such a judicial “office” would have been unconstitutional. As pointed out by Lamer C.J. in the extract from the *Provincial Court Judges Reference* previously cited at para. 39, it would not be for the Court to read into the word “office” the necessary guarantees of tenure to make up for the legislative deficiency.

titulaires de la Cour provinciale. Comme je l’ai mentionné, ils étaient inclus dans la définition du mot « juge ». Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Gonthier (par. 47) qu’il n’y a pas de différence dans l’inamovabilité attachée au statut de juge surnuméraire. Ceux qui choisissaient de devenir surnuméraires n’étaient pas « nommés » ou « nommés de nouveau ». La nomination initiale demeurait en vigueur, assortie d’une *possibilité* de réduction indéterminée de la charge de travail à un moment indéterminé. Comme le dit le juge Rice, intimé, dans sa lettre du 17 février 1993 au ministre de la Justice l’informant qu’il choisissait de devenir surnuméraire :

[TRADUCTION] Ce choix ne constitue en aucune façon une démission de mon poste de juge de la Cour provinciale.

Dans le jugement de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge Ryan souligne que l’utilisation du mot « poste » au par. 4.1(3) implique l’existence d’une charge séparée et distincte qui a été éliminée par les modifications de 1995. Il est vrai que le mot « poste » a une connotation spéciale en droit, mais il n’est pas lié à une inamovibilité particulière : *Ridge c. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), lord Reid, p. 65. Dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, le titulaire de « poste » était un agent de police en stage occupant un emploi à titre amovible. Si l’utilisation du mot « poste » comportait, comme l’indique le juge Ryan, l’idée d’une charge séparée et distincte de celle des juges titulaires de la Cour provinciale, le résultat aurait été de créer un poste sans définition légale précise. Les titulaires du poste censément distinct de juge surnuméraire auraient été privés dès le début des garanties objectives d’indépendance judiciaire. Une telle « charge » judiciaire aurait été inconstitutionnelle. Comme le souligne le juge en chef Lamer dans l’extrait du *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, cité au par. 39, il n’appartient pas à notre Cour de décider que le terme « poste » comporte les garanties nécessaires d’inamovibilité pour qu’il puisse être remédié à la lacune législative.

(iv) *Provincial Court judges on supernumerary status were not guaranteed a 40 percent workload or any other reduction.*

(iv) *Aucune garantie n'a été donnée aux juges surnuméraires de la Cour provinciale d'une réduction de la charge de travail à 40 p. 100 ni d'aucune autre réduction.*

141 Supernumerary status was adopted in New Brunswick in 1988 after lengthy discussions between the government and the Provincial Court judges which had commenced in about 1981.

Le statut de surnuméraire a été établi en 1988, après de longs pourparlers engagés en 1981 entre le gouvernement et les juges de la Cour provinciale.

142 The theory underlying the 40 percent workload expectation was that to be eligible for supernumerary status a Provincial Court judge must meet all the conditions for retirement except the desire to retire. If he or she elected to retire, the state would be required to pay a pension equivalent to 60 percent of the average of specified years of judicial earnings. There would be no further judicial work. If he or she elected supernumerary status, however, the judge could make up the 40 percent loss of income occasioned by retirement by continuing to work 40 percent of the time. This expectation of a greatly reduced workload was widely shared by Ministers, judges, civil servants and others in New Brunswick. But it was not written into the *Provincial Court Act*.

L'expectative d'une charge de travail de 40 p. 100 repose sur l'idée qu'un juge de la Cour provinciale, pour devenir admissible au statut de surnuméraire, devait remplir toutes les conditions régissant le départ à la retraite, sauf le désir de prendre sa retraite. Si le juge décidait de prendre sa retraite, l'État devait lui verser une pension égale à 60 p. 100 de la moyenne de ses gains calculés sur un nombre déterminé d'années et ses fonctions judiciaires cessaient. Cependant, s'il décidait de devenir surnuméraire, le juge pouvait combler la perte de revenu de 40 p. 100 résultant de la retraite, en continuant de travailler 40 p. 100 du temps. Cette expectative de forte réduction de la charge de travail était largement reconnue au Nouveau-Brunswick par les ministres, les juges, les fonctionnaires et autres. Toutefois elle n'était pas inscrite dans la *Loi sur la Cour provinciale*.

143 To be clear, the respondent Rice, as a Provincial Court judge with supernumerary status, was *not* a retired person with a part-time job. He was eligible to retire but he had elected not to. He was not drawing a pension "topped up" by 40 percent pay for 40 percent workload. He was receiving a full-time salary and all the benefits of a judge on regular status. He continued to receive medical coverage. His life insurance continued to be subsidized to the extent (at the date of his retirement) of over \$2,000 per month. Any increase in annual salary would translate into a higher base on which his pension would eventually be calculated (albeit, as with judges on regular status, he was required to continue pension contributions in the interim). The respondent Mackin was in a similar position. In exchange for these benefits they continued to hold themselves available for work as assigned by the Chief Judge. In a province short on judicial resources, the

Pour être bien clair, l'intimé Rice quand il était juge surnuméraire de la Cour provinciale, n'était pas une personne à la retraite ayant un travail à temps partiel. Il était admissible à la retraite, mais il avait choisi de ne pas la prendre. Il ne touchait pas une pension majorée de 40 p. 100 en contrepartie d'une charge de travail de 40 p. 100. Il recevait un traitement à temps plein ainsi que tous les avantages d'un juge titulaire. Il continuait de bénéficier d'un régime d'assurance médicale. Son assurance-vie continuait d'être subventionnée à raison de plus de 2 000 \$ par mois (à la date de sa retraite). Tout accroissement de salaire annuel le plaçait à un échelon plus élevé pour le calcul futur de la pension (mais, comme les juges titulaires, il devait entre-temps continuer de verser ses cotisations de retraite). L'intimé Mackin était dans une position semblable. En contrepartie de ces avantages, ils restaient disponibles pour exercer les fonctions que leur assignait le juge en chef.

assignments in some cases amounted more or less to full-time employment. If the assignments proved unexpectedly onerous, either one of them could have elected to retire on full pension at any time.

The key provision, as stated, is s. 4.1(5) of the *Provincial Court Act*, which said:

4.1(5) A judge appointed under subsection 2(1) who has elected to hold the office of supernumerary judge shall be available to perform such judicial duties as may be assigned to the judge from time to time by the chief judge or associate chief judge.

If “full” workload for a Provincial Court judge is taken to be plus or minus 251 court days a year (which is the assumption on which the repealing legislation is based), 40 percent of that is plus or minus 100 days a year. The legislation establishing supernumerary status obviously could have specified a precise figure but just as obviously it did not do so. Instead the obligation was to do the judicial work assigned by the Chief Judge, whatever and whenever it might be.

My colleague Gonthier J., in para. 65, places emphasis on the words “time to time” in s. 4.1(5). It was not, of course, contemplated that the first assignment by the Chief Judge would necessarily be the last. It was to be expected that from “time to time” the assignments would change. In my view that phrase indicates a multiplicity of assignments, not a reduction in workload. With respect, an *increase* in overall workload would be equally consistent with the statutory language (such as, for example, a transfer to a busier court).

When the respondent, Judge Rice, who at the time was a judge of over 20 years’ experience, was considering whether to elect supernumerary status in 1992, he sought a number of clarifications from the Minister of Justice. He asked for information as follows:

(3) WORK ASSIGNMENTS. Supernumerary Judges are required to sit a minimum of 40% of working days

Dans une province disposant de ressources judiciaires insuffisantes, les fonctions assignées correspondaient parfois à un emploi à temps plein ou presque. Si ces tâches s’avéraient plus lourdes que prévu, il leur était en tout temps loisible de prendre leur retraite avec une pension complète.

Comme je l’ai mentionné, la disposition clé est le par. 4.1(5) de la *Loi sur la Cour provinciale* :

4.1(5) Un juge nommé en vertu du paragraphe 2(1) qui a choisi d’exercer les fonctions de juge surnuméraire doit être disponible pour exercer les fonctions judiciaires qui peuvent lui être assignées à l’occasion par le juge en chef ou le juge en chef associé.

Si une « pleine » charge de travail de juge de la Cour provinciale est censée se situer aux alentours de 251 jours par an (hypothèse sur laquelle repose la loi abrogative), une charge de 40 p. 100 correspond à environ 100 jours par an. Il est évident que le texte instaurant le poste de surnuméraire aurait pu préciser un chiffre et il est tout aussi évident qu’il ne l’a pas fait. Au lieu de cela, les obligations du poste consistaient à exécuter les travaux judiciaires assignés par le juge en chef, quels qu’en soient la nature et le moment.

Mon collègue le juge Gonthier met l’accent au par. 65 sur l’expression « à l’occasion » du par. 4.1(5). Il n’était certainement pas envisagé que les premières tâches assignées par le juge en chef seraient nécessairement les dernières. Il fallait s’attendre à ce que les fonctions assignées changent « à l’occasion ». À mon avis, cette expression suggère une multiplicité de tâches, et non une réduction de la charge de travail. En toute déférence, le texte de loi peut tout aussi bien viser un *accroissement* de la charge de travail (par exemple, le détachement auprès d’une cour plus affairée).

En 1992, lorsque le juge Rice, intimé, qui avait alors plus de 20 ans d’expérience, examinait s’il devait choisir de devenir surnuméraire, il a demandé au ministre de la Justice un certain nombre de précisions en ces termes :

[TRADUCTION] (3) FONCTIONS ASSIGNÉES. Un juge surnuméraire est tenu de siéger au minimum 40 p.

144

145

146

147

each year, as assigned by the Chief Judge, the Associate Chief Judge, or a Judge designated for the purpose of assigning Judges in a Judicial District. [Emphasis in original.]

This was confirmed by the Minister in writing on March 16, 1992:

A supernumerary judge is required to sit the equivalent of a minimum of 40% of a full-time judge's work year. The Chief Judge, or the Associate Chief Judge, is responsible to assign sittings. [Emphasis added.]

148 Neither the respondent, Judge Rice, nor the Minister suggested that there existed a *maximum* workload short of 100 percent of the workload of a judge on regular status. Having regard to the varied work experiences of Judge Rice, Judge Harper and Judge Mackin, I do not think, with respect, that the evidence supports my colleague's conclusion, at para. 65, that "[n]ormally" a judge on supernumerary status "enjoyed a substantial reduction in his or her workload". The experience was too mixed to permit any generalization in that regard, in my opinion.

149 The assignment responsibility rested with the Chief Judge, but the reality was that he could only work within the resources the province provided. The respondents' position is, in truth, not only that the 40 percent workload should be read into the Act, but that the province had a constitutional responsibility to provide enough judges to make the 40 percent workload achievable. This, with respect, is too much to "read into" a statute that simply says a judge is to do the work assigned by the Chief Judge.

(v) *A constitutional rule that provided that any decrease or increase in an undefined judicial workload could only be initiated through a remuneration commission would be unworkable.*

150 The judgments on appeal state that the 1995 repeal of supernumerary status was unconstitutional because it did not receive prior review by an independent, effective and objective process (e.g. a remuneration commission). Quite apart from the fact the constitutional requirement of an

100 des jours ouvrables chaque année, selon les fonctions qui peuvent lui être assignées par le juge en chef, le juge en chef associé ou un juge désigné chargé d'assigner les juges d'un district judiciaire. [Souligné dans l'original.]

Le 16 mars 1992, le ministre confirmait cela par écrit :

[TRADUCTION] Un juge surnuméraire est tenu de siéger 40 p. 100 au minimum d'une année de travail d'un juge à temps plein. Il appartient au juge en chef ou au juge en chef associé d'assigner les séances. [Je souligne.]

Ni l'intimé le juge Rice ni le ministre ne laissent entendre qu'il existait une charge de travail *maximale* inférieure à la pleine charge de travail d'un juge titulaire. Compte tenu des expériences professionnelles variées des juges Rice, Harper et Mackin, je ne crois pas, en toute déférence, que la preuve appuie la conclusion de mon collègue au par. 65 selon laquelle, « [n]ormalement », un juge devenant juge surnuméraire « bénéficiait d'une réduction substantielle de sa charge de travail ». À mon avis, l'expérience était trop variable pour justifier une telle généralisation.

Il appartenait au juge en chef d'assigner les fonctions, mais en réalité il ne disposait que des ressources que lui fournissait la province. La thèse des intimés revient à dire en réalité non seulement qu'il faut interpréter la Loi comme prescrivant une charge de travail réduite à 40 p. 100, mais aussi que la province avait la responsabilité constitutionnelle de nommer suffisamment de juges pour que l'objectif de 40 p. 100 soit réalisable. En toute déférence, c'est une « inclusion » trop large dans une loi qui dit simplement qu'un juge exerce les fonctions assignées par le juge en chef.

(v) *Une règle constitutionnelle prévoyant qu'une charge de travail indéfinie ne peut être augmentée ou réduite que par une commission sur la rémunération serait impraticable.*

Selon les jugements portés en appel, l'abrogation en 1995 du statut de surnuméraire était inconstitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été préalablement examinée dans le cadre d'un processus indépendant, efficace et objectif (soit une commission sur la rémunération). En dehors du fait que notre

independent, effective and objective process was not elaborated by this Court until the *Provincial Court Judges Reference* in 1997, two years after the amendments in issue here, I cannot accept this argument.

It is useful to reiterate that the respondents received the same salary after the repeal of the supernumerary status as they did beforehand.

In oral argument it was suggested that if a supernumerary judge were required to do more work for the same amount of money, his hourly rate, if it may be so conceived, was reduced. Instead of earning a full salary for a 40 percent workload he had to work a full year for the same amount of money. However, once the debate is properly focused on workload, and the so-called workload guarantee is related to the process mandated by the *Provincial Court Judges Reference*, the question arises as to how a remuneration commission would be supposed to give *prior* effective review to increases or decreases in judicial workload across the province.

The evidence shows that in 1990-91 each judge in the Provincial Court at Fredericton disposed of 2,714 cases a year. In Campbellton the equivalent per year was 1,775 cases and in St. John it was 2,729 cases. The busiest Provincial Court was Moncton where each of the judges disposed of about 5,335 cases per year. In each instance the Provincial Court judge on regular status received the same salary. If the statistics are to be believed, judges in different regions therefore had a very different workload and, because each earned the same salary, a very different "hourly" rate.

The Chief Judge testified that the statistics were simplistic and failed to take into account many factors, including the nature of the cases. I agree with his criticism, but even making a generous allowance for the crudity of the statistics, the workload variation is impressive. In these circumstances how many hours a year constitutes a 100 percent workload on which the 40 percent workload is to be cal-

Cour n'a élaboré l'exigence constitutionnelle d'un processus indépendant, efficace et objectif qu'en 1997 dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, soit deux ans après les modifications contestées en l'espèce, je ne puis souscrire à cet argument.

Il est utile de rappeler que les intimés ont touché le même traitement tant après qu'avant l'abrogation du statut de surnuméraire.

Dans les débats, on a laissé entendre que le traitement horaire d'un juge surnuméraire, si on peut le concevoir ainsi, diminuait s'il devait accomplir davantage de travail pour le même traitement. Au lieu de toucher un plein traitement pour 40 p. 100 du travail, le juge surnuméraire devait travailler une année complète pour le même montant. Cependant, si on porte l'attention, comme il se doit, sur la charge de travail, et qu'on établit un rapport entre la prétendue garantie de charge de travail et la procédure imposée par le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, on peut se demander comment une commission sur la rémunération serait en mesure de faire un examen *préalable* efficace des augmentations ou réductions de la charge de travail des juges à travers la province.

Selon la preuve, chaque juge de la Cour provinciale à Fredericton a statué, en 1990-1991, sur 2 714 dossiers, contre 1 775 dossiers à Campbellton et 2 729 à Saint John. C'est à Moncton que la Cour provinciale était la plus occupée, chaque juge statuant sur environ 5 335 dossiers par an. Dans chaque cas, le juge titulaire de la Cour provinciale recevait le même traitement. S'il faut croire les statistiques, les juges des diverses régions avaient des charges de travail très différentes et, puisqu'ils recevaient tous le même traitement, bénéficiaient donc de taux « horaires » très différents.

Le juge en chef a témoigné que les statistiques étaient simplistes et ne tenaient pas compte de nombreux facteurs, dont la nature des dossiers. Je fais mienne cette critique; cependant, même en tenant largement compte du caractère rudimentaire des statistiques, la variation de la charge de travail est considérable. Dans ces circonstances, il faut se demander à combien d'heures de travail correspond

151

152

153

154

culated? Are we to take a provincial average or is a judge entitled to look at the historical average for his or her region? Or his or her personal history? This again provides unevenly moving targets. The statistics show that whereas the workload in Moncton was expected to grow by 17 percent in 1991-92, the increase in St. John was only 2 percent. In Campbellton the expected growth was 66 percent.

155

The constitutional requirement is for prior reference of a change in benefits to the remuneration commission. Unless the Legislature was prepared to fix a specific number of work days per year (and, as stated, 100 days would be 40 percent of a notional 251 days a year sat by Provincial Court judges on regular status), I do not understand how “workload” as an abstract statistic can be fixed in advance. The bare concept of a *reduced* workload is too elastic to provide a manageable standard. The legislature, as stated, was clearly not prepared to guarantee any fixed and defined benefit, or indeed any benefit at all.

156

The bottom line is that the 1995 New Brunswick legislation established a *potential* benefit of wholly indeterminate value. It offered the possibility of less work for the same amount of pay, but the possibility of achieving this expectation was always subject to the exigencies of each court location and the resources available to the Chief Judge to get done the judicial work that had to be done. The *Provincial Court Judges Reference* established the requirement of an independent, effective and objective process to deal with financial security. The salary of supernumerary judges was secure. Each supernumerary judge received full pay. An extension of the remuneration commission process to an undefined “reduced” workload is neither sensible nor required. Yet it is the repeal of the workload benefit supposedly guaranteed by supernumerary status that is said to be unconstitutional because the province did not first go through a remuneration commission process.

une charge complète qui sert à calculer la charge de 40 p. 100. Faut-il prendre une moyenne provinciale, ou le juge peut-il examiner la moyenne historique de sa région? Faut-il utiliser les antécédents personnels? Cela donne aussi de fortes fluctuations. Selon les statistiques, en 1991-1992, les prévisions indiquaient un accroissement de 17 p. 100 du travail à Moncton, contre seulement 2 p. 100 à Saint John. À Campbellton, la croissance prévue était de 66 p. 100.

L'exigence constitutionnelle est de soumettre préalablement à la commission sur la rémunération les modifications des avantages. À moins que la législature ne soit disposée à fixer un nombre annuel précis de jours de travail (ce qui donnerait, comme on l'a vu, 100 jours pour une charge de travail de 40 p. 100 d'un nombre théorique de 251 jours de travail pour un juge titulaire de la Cour provinciale), je ne vois pas comment la « charge de travail » en tant que statistique abstraite peut être fixée à l'avance. Le simple concept de *réduction* de charge de travail est trop extensible pour être une norme utilisable. Comme je l'ai indiqué, il est évident que la législature n'était pas disposée à garantir un avantage fixe et défini, ou en fait un avantage quelconque.

L'essentiel est que le texte législatif de 1995 du Nouveau-Brunswick établissait un avantage *potentiel* ayant une valeur totalement indéterminée. Ce texte offrait aux juges la possibilité de travailler moins pour le même traitement, mais la réalisation de cette possibilité dépendait toujours des impératifs tenant à la région et aux ressources dont disposait le juge en chef pour les travaux judiciaires. *Le Renvoi : Juges de la Cour provinciale* a établi l'exigence d'un processus indépendant, efficace et objectif relativement aux questions de sécurité financière. Le traitement des juges surnuméraires était garanti. Chaque juge surnuméraire recevait un plein traitement. Il n'est ni raisonnable ni requis d'étendre l'application de la procédure d'une commission sur la rémunération à une « réduction » indéterminée de la charge de travail. Pourtant, c'est l'abrogation de l'avantage relatif à la charge de travail prétendument garanti par le statut de surnuméraire que l'on allègue être inconstitutionnelle parce que la province ne l'a pas préalablement soumise au processus d'une commission sur la rémunération.

(vi) *The existence (or repeal) of discretionary benefits does not threaten judicial independence.*

The potential advantages of supernumerary status lay either in the discretion of the Chief Judge or his delegate who was responsible for assigning the work (or assigning a specific courtroom) to the supernumerary judge or, alternatively in the discretion of the provincial government in its overall budgetary allocation for the Provincial Court and its willingness to appoint new judges to replace supernumerary judges to help to deal with the expanding workload.

In my view the culprit here, if culprit there be, is the provincial government's refusal to allocate adequate resources to the court. Chief Judge Strange was clearly willing to exercise his discretion to allow very significant workload reductions to supernumerary judges, but his priority was to staff the courts on a week-to-week basis, and the lack of adequate resources left him unable to accomplish both objectives. As between the public interest in seeing the courts operate on a full-time basis and the private interest of some of the judges on supernumerary status in realizing their expected benefits, he chose correctly, and inevitably, the public interest. The issue, therefore, is really about the government's exercise of its discretion over the Provincial Court budget.

In *Valente* it was contended that government control over such discretionary matters as post-retirement reappointment, or leaves of absence with or without pay, or permission to engage in extrajudicial employment, violated judicial independence. This argument was rejected. Le Dain J. stated at p. 714:

While it may well be desirable that such discretionary benefits of advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschênes report and others, I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. In so far as the

(vi) *L'existence (ou l'abrogation) d'avantages discrétionnaires ne menace pas l'indépendance judiciaire.*

Les avantages potentiels du statut de surnuméraire procédaient du pouvoir discrétionnaire du juge en chef ou du juge qui, par délégation, assignait le travail (ou une salle d'audience particulière) au juge surnuméraire, ou, subsidiairement, du pouvoir discrétionnaire du gouvernement provincial de décider du budget global de la Cour provinciale ainsi que de sa volonté de nommer de nouveaux juges en remplacement des juges surnuméraires pour faire face à une charge de travail croissante.

À mon avis, le problème en l'espèce, si problème il y a, est le refus du gouvernement provincial d'affecter suffisamment de ressources à la cour. Le juge en chef Strange était clairement disposé à exercer son pouvoir discrétionnaire pour réduire d'une façon très marquée la charge de travail des juges surnuméraires, mais il avait comme priorité d'assigner les audiences d'une semaine à l'autre. L'insuffisance des ressources l'empêchait d'atteindre l'un et l'autre de ces objectifs. Entre l'intérêt public visant à assurer le fonctionnement des cours à temps plein et l'intérêt privé de certains des juges surnuméraires voulant la concrétisation des avantages attendus, le juge en chef a correctement, et inévitablement choisi l'intérêt public. En conséquence, la question touche en réalité l'exercice par le gouvernement de son pouvoir discrétionnaire sur le budget de la Cour provinciale.

Dans *Valente*, on soutenait que le contrôle gouvernemental sur des questions discrétionnaires, comme les nouvelles nominations après la retraite, les congés non payés ou payés ou encore l'autorisation d'exercer des activités extrajudiciaires, portait atteinte à l'indépendance judiciaire. Cet argument a été rejeté. Le juge Le Dain dit à la p. 714 :

S'il peut être souhaitable que ces bénéfiques ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, comme le rapport Deschênes et d'autres l'ont recommandé, je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la

157

158

159

subjective aspect is concerned, I agree with the Court of Appeal that it would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

160 When a similar objection was raised in the *Provincial Court Judges Reference* in relation to the discretion of the Government of Prince Edward Island over judges' sabbatical leave, Lamer C.J. simply cited the above passage from *Valente* and added, "To my mind, the same reasoning applies here" (para. 207).

161 Even if one were to assume (as I do) that the variable benefits of supernumerary status were a function of the government's budget control rather than within the gift of the Chief Judge, I do not think either the existence of these benefits or their ultimate repeal in 1995 violated the "objective guarantees" of judicial independence. As noted by Lamer C.J. in the *Provincial Court Judges Reference* at para. 113, the question is whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and other relevant facts, after viewing the matter realistically and practically, would conclude that the tribunal or court was independent. In my view such persons would not regard the creation, continuation or ultimate repeal of the discretionary workload benefit associated with supernumerary status as compromising judicial independence. They would hold, I believe, a loftier view of their judges.

(vii) *The disappointed expectations of the Provincial Court judges, however understandable, do not justify a finding of unconstitutionality.*

162 In the end this appeal comes down to the fact that the respondents formed a quite legitimate expectation of a substantially reduced workload if they elected supernumerary status and their expectation was not honoured. A reduction to roughly 40 percent of a notional workload was permitted, but not required, by the *Provincial Court Act*. The evidence does not clearly source this expectation

Charte. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

Le juge en chef Lamer cite simplement cet extrait de *Valente* pour répondre à une objection analogue dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* relativement au pouvoir discrétionnaire du gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard sur les congés sabbatiques des juges, et ajoute : « À mon sens, le même raisonnement s'applique en l'espèce » (par. 207).

Même si l'on suppose (comme je le fais) que les avantages variables liés au statut de surnuméraire relevaient plus du contrôle gouvernemental sur les budgets que du pouvoir discrétionnaire du juge en chef, je ne crois pas que l'existence de ces avantages ou leur abrogation en 1995 portait atteinte aux « garanties objectives » d'indépendance judiciaire. Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer dans le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, par. 113, la question est de savoir si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des autres faits pertinents, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait que le tribunal ou la cour est indépendant. À mon avis, de telles personnes ne considéreraient pas que la création, le maintien ou l'abrogation de l'avantage discrétionnaire relatif à la charge de travail des juges surnuméraires compromet l'indépendance judiciaire. Elles auraient, je crois, une opinion plus haute de leurs juges.

(vii) *Les attentes déçues des juges de la Cour provinciale, si compréhensibles soient-elles, ne justifient pas une conclusion d'inconstitutionnalité.*

En dernière analyse, le pourvoi tient au fait que les intimés s'attendaient très légitimement à une réduction importante de leur charge de travail s'ils choisissaient le statut de surnuméraire et que cette attente ne s'est pas réalisée. La *Loi sur la Cour provinciale* permettait, mais n'exigeait pas, une réduction à environ 40 p. 100 de la charge de travail théorique. La preuve ne rattache pas

in the Minister's office (i.e., the Minister's letter talked about a minimum of 40 percent), but even if the respondents could establish all of the elements of the administrative law doctrine of legitimate expectation as set out in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, it would not assist the respondents' attack on the repealing legislation. As Sopinka J. pointed out in *Canada Assistance Plan*, at p. 558, the doctrine does not apply "to a body exercising purely legislative functions". Nor can it operate to entitle the respondents to a substantive as opposed to procedural remedy. In some ways the respondents' effort to use their disappointed expectations to attack the validity of the legislative amendments in this case parallels the unsuccessful effort of the Government of British Columbia to use expectations created by federal-provincial funding arrangements to attack the validity of amendments to the Canada Assistance Plan in that case. The attempt was rejected there and it should be rejected here as well.

In summary, the 1988 amendments to the *Provincial Court Act* enacted a form of supernumerary status that created expectations but not guarantees. Its repeal, as high-handed and offensive as it may have appeared to the respondents, did not undermine the judicial independence of the Provincial Court judges or the court of which they were members. The repeal was undertaken in a period of budgetary cuts which impacted all the residents of New Brunswick. Supernumerary benefits for judges competed with the closure of hospital beds and the reduction or elimination of crucial public expenditures in other areas. The New Brunswick legislature sought to change a system (which had so unevenly benefited Judge Rice, Judge Harper and Judge Mackin) to a pay-for-work system in which a retired judge who in fact works about 100 days a year (i.e., 40 percent of a notional 251 court

clairement la source de cette attente au cabinet du ministre (la lettre du ministre mentionnait un minimum de 40 p. 100); cependant, même si les intimés pouvaient établir tous les éléments de la théorie de droit administratif relative à l'expectative légitime exposée dans *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, cela n'appuierait pas leur contestation de la loi abrogative. Comme le fait remarquer le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, p. 558, la théorie ne s'applique pas « à un organe qui exerce des fonctions purement législatives ». Elle ne permet pas non plus aux intimés d'avoir droit à une réparation substantielle par opposition à une réparation procédurale. À certains égards, l'utilisation par les intimés de leurs attentes déçues pour contester la validité des modifications législatives en l'espèce se rapproche de la vaine tentative du gouvernement de la Colombie-Britannique, dans le renvoi, d'utiliser les attentes créées par les accords fédéraux-provinciaux de financement pour contester la validité des modifications au Régime d'assistance publique du Canada. Cette tentative a été rejetée alors et devrait l'être également en l'espèce.

En résumé, les modifications de 1988 de la *Loi sur la Cour provinciale* ont instauré un type de statut de surnuméraire qui créait des attentes, mais non des garanties. Leur abrogation, si arbitraire et offensante qu'elle puisse paraître aux intimés, n'a pas porté atteinte à l'indépendance judiciaire des juges de la Cour provinciale ou de la cour elle-même. L'abrogation a été effectuée en période de restrictions budgétaires qui avaient une incidence sur tous les résidents du Nouveau-Brunswick. Les avantages attachés au statut de juge surnuméraire étaient en concurrence avec la suppression de lits dans les hôpitaux et la réduction ou l'élimination de dépenses publiques cruciales dans d'autres domaines. La législature du Nouveau-Brunswick a cherché à modifier un système (dont les juges Rice, Harper et Mackin ont bénéficié de façon si inégale) pour en faire un régime de rémunération

days) while drawing a full pension (i.e., equivalent to 60 percent of a full salary) would receive “top up” *per diem* payments equivalent to the remaining 40 percent of the full salary. The new system, according to the evidence, was designed to allow judges on supernumerary status to get the same financial benefits as under the 1988-95 scheme but by means of a method of payment that tied rewards to actual work. It appears that all retired Provincial Court judges are eligible for *per diem* work if they want it. Work assignments are still made by the Chief Judge within an overall budget. Whether the new system is better or fairer than the old system is not for us to judge. The only question before us is whether the change is unconstitutional. In my view, for the reasons discussed, the repeal of the former system of supernumerary status, as much as the original enactment, was within the legislative competence of the Province of New Brunswick in relation to “[t]he Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts” under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

Conclusion

164 I would allow the appeal with costs. I would therefore answer the first two constitutional questions in the negative and, in light of that conclusion, the third constitutional question does not arise.

Appeal allowed in part with costs, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the respondent Mackin: Wood Melanson, Fredericton.

Solicitors for the respondent Rice: Stewart McKelvey Stirling Scales, Fredericton.

selon le travail fourni, dans lequel un juge à la retraite travaillant en fait environ 100 jours par an (soit 40 p. 100 d'un nombre théorique de 251 jours d'audience), touchant une pleine pension (c.-à-d. l'équivalent de 60 p. 100 d'une pleine rémunération), recevrait une indemnité journalière « complémentaire » équivalente au 40 p. 100 manquant par rapport à un plein traitement. Selon la preuve, le nouveau système visait à permettre aux juges surnuméraires de bénéficier des mêmes avantages financiers que dans le régime en vigueur entre 1988 et 1995, mais par l'instauration d'une méthode de paiement liant la rémunération à un travail réel. Il semble que tous les juges de la Cour provinciale à la retraite soient admissibles à ce régime de travail s'ils le désirent. C'est encore le juge en chef qui assigne le travail, selon un budget global. Il ne nous appartient pas de décider si le nouveau système est meilleur ou plus équitable que l'ancien. La seule question à trancher est celle de la constitutionnalité du changement. À mon avis, pour les motifs exposés, l'abrogation de l'ancien régime de juges surnuméraires relevait, tout autant que le texte original, de la compétence législative de la province du Nouveau-Brunswick relativement à « [l']administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province » en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens. Je répondrais donc par la négative aux deux premières questions constitutionnelles. Vu cette conclusion, la troisième question constitutionnelle ne se pose pas.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureurs de l'intimé Mackin : Wood Melanson, Fredericton.

Procureurs de l'intimé Rice : Stewart McKelvey Stirling Scales, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

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

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Judges Conference: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Myers Weinberg, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

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

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

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

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

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des juges : Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales : Myers Weinberg, Winnipeg.

Roger Guignard *Appellant*

v.

City of Saint-Hyacinthe *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GUIGNARD

Neutral citation: 2002 SCC 14.

File No.: 27704.

2001: October 3; 2002: February 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200, ss. 2.2.4 “enseigne” (sign), “enseigne publicitaire” (advertising sign), 14.1.5(p).

Municipal law — By-law — Validity — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200, ss. 2.2.4 “enseigne” (sign), “enseigne publicitaire” (advertising sign), 14.1.5(p).

G erected a sign on one of his buildings expressing his dissatisfaction with the services of an insurance company. When he refused to take the sign down, the respondent City charged him with contravening s. 14.1.5(p) of City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200, which

Roger Guignard *Appelant*

c.

Ville de Saint-Hyacinthe *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GUIGNARD

Référence neutre : 2002 CSC 14.

N° du greffe : 27704.

2001 : 3 octobre; 2002 : 21 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

Droit municipal — Règlement — Validité — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

G installe sur une de ses propriétés une affiche faisant état de son insatisfaction à l'égard des services d'une compagnie d'assurance. Devant son refus de retirer l'affiche, la ville intimée l'accuse de contrevenir au par. 14.1.5p) du Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville

prohibited the erection of advertising signs outside an industrial zone. The Municipal Court convicted G, finding that the by-law prohibited the type of sign erected by G and that, although this prohibition infringed freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it was justified by s. 1 of the *Charter*. The Superior Court and the Court of appeal upheld the constitutionality of the by-law.

Held: The appeal should be allowed. Section 14.1.5(p) and the definition of the words “enseigne” (sign) and “enseigne publicitaire” (advertising sign) in s. 2.2.4 of the by-law are declared invalid. The declaration of invalidity is suspended for a period of six months.

Freedom of expression is fundamental to the life of every individual and plays a critical role in the development of our society. Because commercial expression is protected by s. 2(b) of the *Charter*, commercial enterprises have the constitutional right to engage in activities to inform and promote, by advertising. On the other hand, consumers also have freedom of expression, which sometimes takes the form of “counter-advertising” to criticize a product or make negative comments about the services supplied. In this respect, simple means of expression, such as posting signs, are the optimum means of communication for these consumers. Given the tremendous importance of economic activity in our society, a consumer’s “counter-advertising” assists in circulating information and protecting the interests of society just as much as does advertising or certain forms of political expression. This type of communication may be of considerable social importance, even beyond the purely commercial sphere. By restricting the right to use this optimum means of expression to certain designated places, the impugned by-law directly infringes freedom of expression. This infringement impacts especially on the freedom of expression of a person who does not have access to substantial financial resources. Although the impugned provisions of the by-law were certainly not designed with a view to preventing a member of the public from engaging in “counter-advertising”, if the by-law is applied literally, its effect is to make it impossible for any individual to post signs criticizing the practices, products or services of a business.

The impugned by-law is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the prevention of visual pollution is a reasonable objective, an examination of the practical effects of the by-law shows that the City did not meet any of the tests involved in the justification process. The rational connection between the by-law and its objective

de *Saint-Hyacinthe* qui interdit l’installation d’enseignes publicitaires en dehors d’une zone industrielle. La Cour municipale condamne G, concluant que le règlement interdit le type d’affiches posé par G et que cette interdiction, bien que portant atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. La Cour supérieure et la Cour d’appel ont confirmé la constitutionnalité du règlement.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 14.1.5p) et la définition des mots « enseigne » et « enseigne publicitaire » de l’art. 2.2.4 du règlement sont déclarés invalides. La déclaration d’invalidité est suspendue pour une période de six mois.

La liberté d’expression est fondamentale pour la vie de chaque citoyen et joue un rôle critique dans le développement de notre société. Puisque l’expression commerciale est protégée par l’al. 2b) de la *Charte*, les entreprises ont le droit constitutionnel de se livrer à des activités d’information et de promotion par voie publicitaire. En contrepartie, les consommateurs jouissent aussi d’une liberté d’expression qui se manifeste parfois sous la forme d’une contre-publicité destinée à critiquer un produit ou à commenter de façon négative la prestation de services. À cet égard, les moyens d’expression simples, comme l’affichage, constituent pour ces consommateurs des modes privilégiés de communication. Vu l’importance majeure de l’activité économique dans notre société, la contre-publicité du consommateur contribue tout autant à l’échange d’information et à la protection d’intérêts sociétaux que la publicité ou certaines formes d’expression politique. Ce type de communication peut avoir une importance sociale considérable, au-delà même du domaine purement commercial. En restreignant à certains endroits désignés le droit d’utiliser ce mode privilégié d’expression, le règlement contesté porte directement atteinte à la liberté d’expression. Cette atteinte affecte particulièrement la liberté d’expression d’une personne qui ne dispose pas de moyens financiers importants. Même si les dispositions contestées du règlement n’ont sûrement pas été conçues dans le but d’empêcher un citoyen de faire de la contre-publicité, appliqué à la lettre, le règlement a pour effet de priver tout citoyen de la possibilité d’afficher pour dénoncer les pratiques, produits ou services d’une entreprise.

Le règlement contesté n’est pas justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*. Bien que la prévention de la pollution visuelle représente un objectif raisonnable, l’examen des effets pratiques du règlement démontre que la ville ne satisfait à aucun des critères du processus de justification. Le lien rationnel entre le règlement et

was not established. As it stands, the by-law prohibits only those signs that expressly indicate the trade name of a commercial enterprise in residential areas. All other types of signs of a more generic nature, although they are just as polluting from a visual point of view, are exempt from the by-law. On the question of minimal impairment, the by-law is not a reasonable solution as among the solutions normally available to a government within the latitude it has to make these judgments. The by-law severely curtails G's freedom to express his dissatisfaction with the practices of his insurance company publicly. Finally, the impact of the by-law on G's freedom of expression is disproportionate to any benefit that it secures for the municipality.

Cases Cited

Referred to: *Groupe Commerce, cie d'assurances v. Guignard*, [1998] Q.J. No. 695 (QL); *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 3.
Code of Penal Procedure, R.S.Q., c. C-25.1.
Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, ss. 2.2.4 "enseigne" (sign), "enseigne publicitaire" (advertising sign), 14.1.5(p).

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

l'objectif poursuivi n'a pas été démontré. Tel que rédigé, le règlement n'interdit dans les zones résidentielles que les affiches mentionnant expressément la raison sociale d'une entreprise commerciale. Bien qu'aussi polluantes au point de vue visuel, les autres types d'affiches à caractère plus générique échappent au règlement. Sur le plan de l'atteinte minimale, le règlement ne constitue pas une solution raisonnable parmi celles normalement laissées à la marge d'appréciation de l'administration publique. La réglementation restreint gravement la liberté de G d'exprimer publiquement son mécontentement vis-à-vis des pratiques de son assureur. Enfin, la réglementation a un impact disproportionné sur la liberté d'expression de G par rapport à tout avantage qu'elle confère à la municipalité.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Groupe Commerce, cie d'assurances c. Guignard*, [1998] A.Q. n° 695 (QL); *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3.
Code de procédure pénale, L.R.Q., ch. C-25.1.
Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2000, release 1).

Rothstein, M. “Section 1: Justifying Breaches of *Charter* Rights and Freedoms” (1999-2000), 27 *Man. L.J.* 171.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal rendered November 17, 1999, dismissing the appellant’s appeal from a judgment of the Superior Court (Criminal Division), [1997] Q.J. No. 3213 (QL), dismissing the appellant’s appeal from a judgment of the Municipal Court of Saint-Hyacinthe, [1997] Q.J. No. 5016 (QL). Appeal allowed.

Daniel Payette, for the appellant.

Stéphane Forest, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

The issue in this appeal is whether the provisions of the by-laws of the City of Saint-Hyacinthe governing the posting of signs violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant, Roger Guignard, was convicted in the Municipal Court of erecting a sign on one of his buildings expressing his dissatisfaction with the services of an insurance company.

The courts below found that the municipal by-laws prohibited the type of sign erected by Mr. Guignard and that, although this prohibition infringed freedom of expression, it was justified by s. 1 of the *Charter*. For the following reasons, I would allow the appeal, quash Mr. Guignard’s conviction and enter an acquittal with respect to the offences with which he was charged.

II. Origin of the Case

In 1996, Guignard owned a property within the City of Saint-Hyacinthe. An insurance policy issued by a major company, the Commerce Group, covered the risks relating to this property. A loss occurred

Rothstein, M. « Section 1 : Justifying Breaches of *Charter* Rights and Freedoms » (1999-2000), 27 *Man. L.J.* 171.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec rendu le 17 novembre 1999, qui a rejeté l’appel de l’appelant contre un jugement de la Cour supérieure (chambre criminelle), [1997] A.Q. n° 3213 (QL), qui avait rejeté l’appel de l’appelant contre une décision de la Cour municipale de Saint-Hyacinthe, [1997] J.Q. n° 5016 (QL). Pourvoi accueilli.

Daniel Payette, pour l’appelant.

Stéphane Forest, pour l’intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Ce pourvoi met en cause la conformité des dispositions réglementaires sur l’affichage de la Ville de Saint-Hyacinthe avec l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’appelant, Roger Guignard, a été condamné en Cour municipale pour avoir installé sur une de ses propriétés une affiche faisant état de son insatisfaction à l’égard des services d’une société d’assurance.

Les tribunaux inférieurs ont conclu que la réglementation municipale interdisait le type d’affiche posé par M. Guignard et que cette prohibition, bien que portant atteinte à la liberté d’expression, était sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, de casser la condamnation de M. Guignard et de prononcer un acquittement à l’égard des infractions dont il a été accusé.

II. L’origine de l’affaire

En 1996, M. Guignard possède un immeuble dans le territoire de la Ville de Saint-Hyacinthe. Une police d’assurance émise par une société importante, le Groupe Commerce, assure les risques

1

2

3

in May 1996 and the appellant claimed an indemnity from his insurer. Payment was delayed and Mr. Guignard eventually became impatient. He placed a sign on another of his buildings that eloquently expressed his dissatisfaction. On August 8, 1996, in response to a complaint, a municipal inspector ordered the appellant to remove the sign within 24 hours. According to the inspector, the sign contravened the zoning by-law of the City, which prohibited the erection of advertising signs outside an industrial area (*Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe*, s. 14.1.5(p)). The sign read as follows:

[TRANSLATION]

DATE OF INCIDENT	10-05-96
DATE OF REPAIRS	10-13
DATE OF CLAIM	10-05-96
WHEN A CLAIM IS MADE, ONE FINDS OUT ABOUT POOR QUALITY INSURANCE	
COMMERCE GROUP THE INCOMPETENT INSURANCE COMPANY HAS STILL NOT INDEMNIFIED ME	

4 When he refused to comply, the municipality charged Guignard with contravening the by-law. This complaint was governed by the *Code of Penal Procedure* of Quebec, R.S.Q., c. C-25.1. The charge was worded as follows:

[TRANSLATION] On or about September 25, 1996, did erect an advertising sign in a zone where this kind of sign is prohibited, contrary to s. 14.1.5(p) of the zoning by-law of the City of Saint-Hyacinthe.

5 At the same time, Mr. Guignard's insurer applied to the civil courts for an interlocutory injunction order requiring the appellant to remove his sign. The Superior Court granted the application and ordered the sign removed. That judgment was set aside on March 10, 1998, by the Quebec Court of Appeal, which found that the sign was not defamatory in nature and that Mr. Guignard's freedom of expression must take precedence (*Groupe Commerce, cie d'assurances v. Guignard*, [1998] Q.J. No. 695 (QL)). During that period, the penal case was

reliés à cette propriété. Un sinistre survient en mai 1996 et l'appelant réclame une indemnité de son assureur. Le paiement tarde et M. Guignard finit par s'impatienter. Il place sur un autre de ses immeubles une affiche qui exprime éloquemment son mécontentement. Le 8 août 1996, à la suite d'une plainte, un inspecteur municipal ordonne à l'appelant d'enlever l'affiche dans un délai de 24 heures. Selon l'inspecteur, l'affiche contrevient au règlement de zonage de la ville qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle (*Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe*, par. 14.1.5p)). L'affiche se lit comme suit :

DATE DE L'ÉVÉNEMENT	10-05-96
DATE DE RÉPARATIONS	10-13
DATE DE LA RÉCLAMATION LORSQU'ON A UNE RÉCLAMATION ON S'APERÇOIT DE LA PIÈTRE QUALITÉ D'ASSURANCE	10-05-96
LE GROUPE COMMERCE NE M'A PAS ENCORE INDEMNISÉ LA COMPAGNIE D'ASSURANCE INEFFICACE	

Devant son refus d'obéir, la municipalité accuse M. Guignard de violation du règlement municipal. Cette plainte est régie par le *Code de procédure pénale* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.1. L'inculpation est formulée dans ces termes :

Le ou vers le 25 septembre 1996, avoir procédé à l'installation d'une enseigne publicitaire dans une zone où ce type d'enseigne est interdit, contrairement à l'article 14.1.5p) du règlement de zonage de la Ville de Saint-Hyacinthe.

Parallèlement, l'assureur de M. Guignard s'adresse aux tribunaux civils afin d'obtenir une ordonnance d'injonction interlocutoire pour contraindre l'appelant à enlever son affiche. La Cour supérieure accueille cette demande et ordonne l'enlèvement. Ce jugement est cassé le 10 mars 1998 par la Cour d'appel du Québec qui retient que l'affiche n'a pas un caractère diffamatoire et que la liberté d'expression de M. Guignard doit prévaloir (*Groupe Commerce, cie d'assurances c. Guignard*, [1998] A.Q. n° 695 (QL)). Pendant ce temps,

proceeding, since Guignard was still contesting the conviction entered by the Municipal Court.

III. Judicial Background

A. *Municipal Court*, [1997] Q.J. No. 5016 (QL)

In the Municipal Court, Guignard raised a number of defences. First, he maintained that the proceedings that had been instituted constituted an abuse of process. Second, he argued that the by-law did not apply to this type of advertising. Third, he contended that the by-law, as interpreted by the municipality, was an unjustified infringement of his freedom of expression, which is protected by s. 2(b) of the *Charter*.

Judge Lalande rejected all of these defences. First, he found that the existence of civil proceedings between Guignard and his insurer did not justify a stay of the penal proceedings even though they were based on the same facts, since the civil consequences of a fact situation must be distinguished from its penal aspects.

Second, Judge Lalande found that the sign was a “billboard” or an “advertising sign” within the meaning of the zoning by-law since the by-law did not distinguish between positive advertising and negative advertising. The unlawful nature of the sign having been established, Judge Lalande then considered the argument based on freedom of expression. He acknowledged that the sign was a form of expression that was protected by s. 2(b), but found that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter* (at paras. 24-26):

[TRANSLATION] In this case, it is clear to the court that the first test has been met. In fact, there is no doubt, when we read the provisions of the complainant’s zoning by-law relating to signs, that they were passed in order to achieve the objective of maintaining a pleasant environment for the public by protecting it against visual pollution.

It also appears to the court that the second test, on the issue of minimal impairment, has been met. The by-law does not prohibit all forms of signs within the entire municipality. Rather, it limits signs to those loca-

l’affaire pénale suit son cours, M. Guignard contestant toujours la condamnation prononcée par la Cour municipale.

III. L’historique judiciaire

A. *Cour municipale*, [1997] J.Q. n° 5016 (QL)

Devant la Cour municipale, M. Guignard présente plusieurs moyens de défense. En premier lieu, il soutient que les procédures entreprises constituent un abus de droit. Ensuite, il plaide que le règlement municipal ne s’applique pas à ce type de publicité. Enfin, il prétend que le règlement, tel qu’interprété par la municipalité, porte une atteinte injustifiée à sa liberté d’expression protégée par l’al. 2b) de la *Charte*.

Le juge Lalande rejette tous ces moyens de défense. D’abord, il conclut que l’existence de procédures civiles entre M. Guignard et son assureur ne justifie pas l’arrêt des procédures pénales, même si celles-ci sont basées sur les mêmes faits, puisque les conséquences civiles d’une situation de fait doivent être distinguées de ses aspects pénaux.

Ensuite, le juge Lalande conclut que l’affiche constitue un « panneau » ou une « enseigne publicitaire » au sens du règlement de zonage étant donné que celui-ci ne fait pas de distinction entre la publicité positive et la publicité négative. L’illégalité de l’affiche étant établie, le juge Lalande passe ensuite à l’examen du moyen fondé sur la liberté d’expression. Il reconnaît que l’affichage constitue une forme d’expression protégée par l’al. 2b), mais conclut que l’atteinte est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte* (aux par. 24-26) :

Dans le présent dossier, il est manifeste pour le tribunal que le premier critère est rencontré. En effet, il ne fait pas de doute à la lecture des dispositions du règlement de zonage de la plaignante concernant l’affichage qu’elles ont été édictées afin d’atteindre l’objectif de préserver un cadre agréable pour les citoyens en les protégeant contre la pollution visuelle.

Quant au second critère, celui de l’atteinte minimale, il apparaît également au tribunal qu’il est respecté. Le règlement ne prohibe pas toute forme d’affichage sur l’ensemble du territoire municipal. Il limite plutôt l’affichage

6

7

8

tions where they are necessary, that is those places where an activity that may benefit from the sign is carried on. Moreover, it even permits signs in industrial zones relating to a business that is carried on in another zone.

Since the by-law both permits signs in locations where the business is carried on and, at least in one zone, permits signs off the site which is being advertised, the court concludes that there is reasonable proportionality between the measures used to limit freedom of expression and the objective sought to be achieved, namely preventing visual pollution.

The Municipal Court therefore rejected all the appellant's defences and convicted him of the offence with which he had been charged.

B. *Superior Court (Criminal Division)*, [1997] Q.J. No. 3213 (QL)

9 The appellant appealed unsuccessfully to the Superior Court under the *Code of Penal Procedure* of Quebec. After reviewing the by-law, Downs J. found that the Municipal Court had correctly interpreted the provisions in question and that they did not constitute an unjustified infringement of the constitutional guarantee of freedom of expression.

C. *Court of Appeal*

10 On November 12, 1997, Forget J.A. granted Guignard leave to appeal from the judgment of Downs J. On November 17, 1999, ruling on the merits, the Court of Appeal dismissed the appeal, stating simply that the earlier judgments were correct. Guignard was subsequently granted leave to appeal to this Court, [2000] 2 S.C.R. ix.

IV. Constitutional Questions

11 On January 19, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do s. 14.1.5(p) and the definition of the expressions "enseigne" (sign) and "enseigne publicitaire" (advertising sign) in the *Règlement d'urbanisme de la Ville de Saint-Hyacinthe* limit the right guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is "yes", can these limits be justified under s. 1 of the *Charter*?

aux seuls endroits où il est nécessaire, c'est-à-dire, là où une activité pouvant bénéficier de l'affichage est exercée. Par ailleurs, il permet même d'afficher dans les zones industrielles une activité exercée dans une autre zone.

Comme le règlement permet d'une part l'affichage sur les lieux où l'activité est exercée et d'autre part comme il permet au moins dans une zone d'afficher en dehors du site pour lequel la réclame est effectuée, le tribunal en vient donc à la conclusion qu'il existe une juste proportionnalité entre les mesures utilisées pour restreindre la liberté d'expression et l'objectif visé, soit éviter la pollution visuelle.

La Cour municipale écarte ainsi tous les moyens de défense de l'appelant et le déclare coupable de l'infraction reprochée.

B. *Cour supérieure (chambre criminelle)*, [1997] A.Q. n° 3213 (QL)

Conformément au *Code de procédure pénale* du Québec, l'appelant se pourvoit sans succès devant la Cour supérieure. Après un examen du règlement, le juge Downs conclut que la Cour municipale a interprété correctement les dispositions concernées et que celles-ci ne constituent pas une atteinte injustifiée à la garantie constitutionnelle de liberté d'expression.

C. *Cour d'appel*

Le 12 novembre 1997 le juge Forget accorde à M. Guignard la permission d'en appeler du jugement du juge Downs. Le 17 novembre 1999, statuant au fond, la Cour d'appel rejette le pourvoi sur le simple constat que les jugements antérieurs sont bien fondés. Monsieur Guignard obtient par la suite une autorisation d'interjeter appel devant notre Cour, [2000] 2 R.C.S. ix.

IV. Questions constitutionnelles

Le 19 janvier 2001 le Juge en chef formule les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 14.1.5p) et la définition des expressions « enseigne » et « enseigne publicitaire » du *Règlement d'urbanisme de la Ville de Saint-Hyacinthe* limitent-ils le droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de ces limites peut-elle se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

V. Statutory Provisions

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.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe

[TRANSLATION]

2.2.4 Definitions

Sign:

Any writing (letters, words, numbers), any pictorial representation (drawing, engraving, photograph, illustration, image), any emblem (slogan, symbol, trade mark), any flag (banner, pennant, standard, streamer), any advertising billboard or any other similar object or similar means that:

is attached to, is part of or is placed on or outside a building or on land;

is used to notify, inform, announce, advertise or for other similar purposes.

Advertising sign:

Sign indicating at least the name of a company and drawing attention to a business, a product, a service or an entertainment carried on, sold or offered other than the property on which it is placed.

14.1.5 Prohibited Signs

The following signs are prohibited:

V. Dispositions législatives

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.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe

2.2.4 Définitions

Enseigne:

tout écrit (lettres, mots, chiffres), toute représentation picturale (dessin, gravure, photo, illustration, image), tout emblème (devise, symbole, marque de commerce), tout drapeau (bannière, fanion, oriflamme, banderole), tout panneau-réclame ou tout autre objet ou moyen semblable qui :

est attaché, fait partie ou est posé sur ou à l'extérieur d'un bâtiment ou sur le terrain;

est utilisé pour avertir, informer, annoncer, faire de la publicité ou pour d'autres motifs semblables.

Enseigne publicitaire :

enseigne indiquant au moins une raison sociale et attirant l'attention sur une entreprise, un produit, un service ou un divertissement mené, vendu ou offert sur un autre terrain que celui où elle a été placée.

14.1.5 Affichage interdit

L'affichage suivant est interdit :

(p) advertising signs and advertising billboards, except those located in industrial zones.

p) les enseignes publicitaires et les panneaux-réclames, sauf dans les zones industrielles.

VI. Analysis

A. *Issues*

13

In this Court, the parties argued only the constitutional issue. In the Municipal Court, Guignard had proposed an alternative to that argument by suggesting a restrictive interpretation of the municipal by-law. As a rule, the courts must ensure that the impugned provisions of an Act or regulation can be interpreted in a manner that is consistent with the constitutional guarantees before submitting it to constitutional scrutiny. That is, they must avoid applying the provisions of the *Charter* prematurely, by first ascertaining whether an adequate alternative solution could be found by applying the relevant principles. For instance, in proceedings challenging the constitutional validity of a municipal by-law, the courts will first determine whether it complies with its enabling legislation (see *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368). They will then ascertain whether these municipal powers have been exercised in a manner that complies with the general principles governing municipal by-laws. Ultimately, they must consider the meaning of the impugned provision of the by-laws and decide whether it can be interpreted in a manner that is consistent with the constitutional guarantee at issue.

14

In this case, there is no doubt that municipal legislation in Quebec authorizes the respondent's zoning by-law. The efforts made to find a more restrictive meaning that would make it consistent with freedom of expression were unsuccessful in the Municipal Court and were not repeated. Such an attempt would in any event have failed again, given the plain words of the by-law. In fact, the expression "advertising sign" in s. 2.2.4 of the *Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe* refers to any sign that includes a trade name and attracts attention, either favourable or negative, to a business, product or service. The

VI. Analyse

A. *Les questions en litige*

Devant notre Cour, les parties ont uniquement débattu de la question constitutionnelle. Devant la Cour municipale, M. Guignard avait proposé une alternative à ce débat en suggérant une interprétation restrictive du règlement municipal. En principe, les tribunaux doivent s'assurer que les dispositions contestées d'une loi ou d'un règlement peuvent être interprétées de façon conforme aux garanties constitutionnelles avant de procéder à un examen constitutionnel. Ils doivent en effet se garder de passer prématurément à la mise en œuvre des dispositions de la *Charte* en vérifiant, au préalable, si les principes pertinents ne permettraient pas de trouver une autre solution adéquate. Ainsi, dans un débat judiciaire mettant en cause la validité constitutionnelle d'un règlement municipal, les tribunaux examineront d'abord sa conformité avec la législation qui l'habilite (voir *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368). Ensuite, ils vérifieront si ces pouvoirs municipaux ont été exercés de façon conforme aux principes généraux gouvernant la réglementation municipale. En dernière analyse, ils doivent se pencher sur le sens de la disposition réglementaire contestée et décider si elle peut être interprétée de façon à respecter la garantie constitutionnelle en jeu.

Dans le cas présent, il ne fait pas de doute que la législation municipale du Québec autorise le règlement de zonage de l'intimée. Les efforts déployés pour lui trouver un sens plus restreint qui en assurerait la conformité à la liberté d'expression n'ont eu aucun succès en Cour municipale et n'ont pas été repris. Une telle tentative serait de toute façon restée vaine vu le libellé du règlement. En effet, le terme « enseigne publicitaire » à l'art. 2.2.4 du *Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe* désigne toute enseigne qui comporte une raison sociale et attire l'attention de façon favorable ou négative sur une entreprise, un produit ou un

appellant's sign is indisputably covered by this definition. The constitutional issue cannot therefore be avoided.

B. Arguments of the Parties

The appellant argues that the municipal by-law violates s. 2(b) of the *Charter* and is not justified by s. 1. He contends, more specifically, that the effect of s. 14.1.5 and the definitions of "sign" and "advertising sign" in s. 2.2.4 of the by-law is, for all practical purposes, to prohibit the posting of a consumer's unfavourable opinion of a business, product or service. He argues that the means adopted by the respondent to prevent visual pollution in the municipality are disproportionate, and needlessly infringe freedom of expression. In his statement of the relief sought, however, Guignard seems to be seeking to have the by-law read down, or perhaps to be excluded or exempted from the application of the by-law, while at the same time challenging its validity.

The respondent denies that its by-law violates the guarantee of freedom of expression. It recognizes that the appellant's sign conveys a meaning but contends that neither the purpose nor the effect of the by-law is to limit freedom of expression. It maintains that the aim of the impugned provisions is to prevent visual pollution and driver distraction. Finally, the respondent submits that the by-law does not violate the appellant's freedom of expression since publicizing a private dispute does not promote any of the three values underlying freedom of expression. The respondent identifies those values as the search for truth, participation in social or political decision-making and diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing. This argument suggests that the appellant has failed even to establish any infringement of freedom of expression, which would mean that justification under s. 1 of the *Charter* is unnecessary. However, if this Court finds that the by-law limits freedom of expression, the respondent contends that the restriction is justified under s. 1 of the *Charter*, and that this exercise of municipal powers is accordingly

service. L'affiche de l'appellant est incontestablement visée par cette définition. Le débat constitutionnel ne saurait alors être évité.

B. Prétentions des parties

L'appellant plaide que le règlement municipal viole l'al. 2b) de la *Charte* et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Il allègue plus particulièrement que le par. 14.1.5 et les définitions des termes « enseigne » et « enseigne publicitaire » à l'art. 2.2.4 du règlement ont pour effet, à toutes fins pratiques, d'interdire l'affichage d'une opinion défavorable d'un consommateur à l'endroit d'une entreprise, d'un produit ou d'un service. Il prétend que les moyens choisis par l'intimée pour prévenir la pollution visuelle dans la municipalité sont disproportionnés et portent inutilement atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, dans ses conclusions, tout en mettant en cause la validité du règlement municipal, M. Guignard semble demander une interprétation atténuée, sinon une exclusion ou exemption de l'application du règlement.

De son côté, l'intimée nie que son règlement viole la garantie de liberté d'expression. Elle reconnaît que l'affiche de l'appellant transmet une signification mais allègue que le règlement n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre la liberté d'expression. Elle soutient que les dispositions attaquées visent à prévenir la pollution visuelle et la distraction des automobilistes. Enfin, selon l'intimée, le règlement ne violerait pas la liberté d'expression de l'appellant puisque le fait de donner de la publicité à un litige privé ne promeut aucune des trois valeurs sous-tendant la liberté d'expression. L'intimée identifie ces valeurs comme étant la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social ou politique et la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels. Cette argumentation suggère que l'appellant n'aurait même pas établi l'existence d'une atteinte à la liberté d'expression, ce qui rendrait inutile la justification sous l'article premier de la *Charte*. Cependant, si notre Cour conclut que le règlement limite la liberté d'expression, l'intimée allègue que cette restriction est justifiée par l'application de l'article premier de la *Charte*.

15

16

valid and the judgments of the Quebec courts should be upheld.

C. *Importance of Municipal Governments*

17 This Court has often reiterated the social and political importance of local governments. It has stressed that their powers must be given a generous interpretation because their closeness to the members of the public who live or work on their territory make them more sensitive to the problems experienced by those individuals. (See *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, *supra*; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40.) Apart from the legislative framework and the general principles of administrative law that apply to them, municipal powers must be exercised in accordance with the principles of the *Charter*, as must all government powers.

18 Since we are dealing with a subject matter that falls within the legislative jurisdiction of the National Assembly of Quebec, it should be noted that Guignard could just as well have challenged the provisions in question on the basis of s. 3 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, which expressly protects freedom of opinion and expression. Because of the positions adopted by the parties, however, the analysis of the case will be confined to a consideration of the relevant provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I shall begin by determining whether there is a limitation on freedom of expression and then examine the problem of justification.

D. *Freedom of Expression*

19 This Court attaches great weight to freedom of expression. Since the *Charter* came into force, it has on many occasions stressed the societal importance of freedom of expression and the special place it occupies in Canadian constitutional law. Very recently, in the highly sensitive context of an examination of the provisions of the *Criminal Code* relating to child pornography, McLachlin C.J. recalled

Cet exercice des pouvoirs municipaux serait donc valide et les jugements des tribunaux du Québec devraient être confirmés.

C. *L'importance des administrations municipales*

Notre Cour a fréquemment rappelé l'importance sociale et politique des administrations publiques locales. Elle a souligné que leurs pouvoirs devaient être interprétés généreusement parce que leurs relations de proximité avec les citoyens qui habitent ou travaillent sur leur territoire les rendent plus sensibles aux problèmes qu'ils connaissent (voir *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40). Au-delà du cadre législatif et des principes généraux de droit administratif qui les régissent, les pouvoirs municipaux doivent être exercés conformément aux principes de la *Charte*, tout comme l'ensemble des pouvoirs détenus par les administrations publiques.

Comme on se trouve devant une matière relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec, il convient de noter que M. Guignard aurait tout aussi bien pu contester les dispositions en cause sur la base de l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, qui protège expressément les libertés d'opinion et d'expression. En raison des positions adoptées par les parties, l'analyse du dossier se limitera toutefois à l'étude des dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'examinerai d'abord l'existence d'une limitation à la liberté d'expression puis je passerai à l'étude du problème de la justification.

D. *La liberté d'expression*

Notre Cour attache une importance particulière à la liberté d'expression. Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, elle a souligné à maintes reprises l'importance sociétale de la liberté d'expression et sa position privilégiée dans le droit constitutionnel canadien. Encore récemment, dans le contexte fort délicat de l'étude des dispositions du *Code criminel* sur la pornographie infantile, le juge en chef

the fundamental importance of freedom of expression to the life of every individual as well as to Canadian democracy. It protects not only accepted opinions but also those that are challenging and sometimes disturbing (*R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 21).

This freedom plays a critical role in the development of our society. It makes it possible for all individuals to express their views on any subject relating to life in society (see *Sharpe*, *supra*, at para. 23). The content of that freedom, which is very broad, includes forms of expression the importance and quality of which may vary. Some forms of expression, such as political speech, lie at the very heart of freedom of expression. (See *Sharpe*, at para. 23; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.)

In applying s. 2(b) of the *Charter*, this Court has recognized the substantial value of freedom of commercial expression. The need for such expression derives from the very nature of our economic system, which is based on the existence of a free market. The orderly operation of that market depends on businesses and consumers having access to abundant and diverse information. Thus, in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67, this Court rejected the argument that commercial speech was not subject to the constitutional guarantee

[g]iven the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

Similarly, in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, which dealt with the constitutionality of a by-law limiting the right of dentists to advertise, this Court reiterated at p. 241 that advertising was a form of expression protected by s. 2(b) since it fostered informed economic choices:

McLachlin rappelait l'importance fondamentale de la liberté d'expression pour la vie de chaque citoyen ainsi que pour la démocratie canadienne. Elle protège non seulement les opinions acceptées, mais aussi celles qui contestent et parfois dérangeant (*R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 21).

Cette liberté joue un rôle critique dans le développement de notre société. Elle confère à tous la possibilité de s'exprimer sur l'ensemble des sujets qui concernent la vie en société (voir *Sharpe*, précité, par. 23). Très large, son contenu incorpore des formes d'expression d'importance et de qualité variables. Certaines, comme le discours politique, se trouvent au cœur même de la liberté d'expression (voir *Sharpe*, par. 23; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877).

Dans l'application de l'al. 2b) de la *Charte*, notre Cour a reconnu une valeur considérable à la liberté d'expression commerciale. La nécessité de cette dernière découle de la nature même de notre régime économique qui est fondé sur l'existence d'un libre marché. Or, le fonctionnement harmonieux de ce marché repose sur l'accès des entreprises et des consommateurs à une information abondante et diversifiée. Ainsi, dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767, notre Cour a rejeté l'argument d'après lequel le discours commercial ne relevait pas de la garantie constitutionnelle

[é]tant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

De même, dans l'affaire *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, qui portait sur la constitutionnalité d'un règlement limitant le droit des dentistes de faire de la publicité, notre Cour a réitéré à la p. 241 que la publicité était une forme d'expression protégée par l'al. 2b) puisqu'elle favorisait des choix économiques éclairés :

20

21

22

The first question is whether the protection conferred by s. 2(b) applies to commercial speech, such as advertising. The argument against applying s. 2(b) to commercial speech rests on the proposition that the *Charter* was not intended to protect economic interests. This argument has been rejected by this Court on the ground that advertising involves more than economics. In *Ford* . . . , the Court noted advertising's intrinsic value as expression, the protection afforded to the recipients of advertising as well as the advertisers, and the importance of fostering informed economic choices to individual fulfillment and autonomy.

See also *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

23

The decisions of this Court accordingly recognize that commercial enterprises have a constitutional right to engage in activities to inform and promote, by advertising. As we know and can attest, sometimes with mixed feelings, the ubiquitous presence of advertising is a defining characteristic of western societies. Usually, it attempts to convey a positive message to potential consumers. However, it sometimes involves comparisons and may even be negative. On the other hand, consumers also have freedom of expression. This sometimes takes the form of "counter-advertising" to criticize a product or make negative comments about the services supplied. Within limits prescribed by the legal principles relating to defamation, every consumer enjoys this right. Consumers may express their frustration or disappointment with a product or service. Their freedom of expression in this respect is not limited to private communications intended solely for the vendor or supplier of the service. Consumers may share their concerns, worries or even anger with other consumers and try to warn them against the practices of a business. Given the tremendous importance of economic activity in our society, a consumer's "counter-advertising" assists in circulating information and protecting the interests of society just as much as does advertising or certain forms of political expression. This type of communication may be of considerable social importance, even beyond the merely commercial sphere.

La première question est de savoir si la protection accordée par l'al. 2b) s'applique au discours commercial comme la publicité. L'argument invoqué contre l'application de l'al. 2b) au discours commercial s'appuie sur la proposition selon laquelle la *Charte* n'était pas destinée à protéger des intérêts économiques. Notre Cour a rejeté cet argument pour le motif que la publicité englobe plus que les intérêts économiques. Dans l'arrêt *Ford* [. . .], la Cour a souligné la valeur intrinsèque de la publicité comme forme d'expression, la protection accordée aux personnes visées par la publicité de même qu'aux annonceurs et l'importance de favoriser des choix économiques éclairés pour l'autonomie et l'épanouissement personnels des particuliers.

Voir aussi *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

La jurisprudence de notre Cour reconnaît ainsi aux entreprises commerciales le droit constitutionnel de se livrer à des activités d'information et de promotion par voie publicitaire. Comme on le sait et comme on l'éprouve, parfois avec des sentiments divers, la publicité commerciale caractérise les sociétés occidentales par son omniprésence. Le plus souvent, elle tente de transmettre un message positif à des consommateurs potentiels. Toutefois, il arrive qu'elle soit comparative, sinon négative. En contrepartie, les consommateurs jouissent aussi d'une liberté d'expression. Elle se manifeste parfois sous la forme d'une contre-publicité destinée à critiquer un produit ou à commenter de façon négative la prestation de services. Dans des limites établies par les principes juridiques relatifs à la diffamation, ce droit appartient à chaque consommateur. Celui-ci peut exprimer sa frustration ou sa déception à l'égard d'un produit ou d'un service. Sa liberté d'expression n'est pas limitée à cet égard à une communication privée destinée au seul vendeur ou fournisseur de services. Il peut partager ses préoccupations, ses inquiétudes ou même sa colère avec les autres consommateurs et chercher à les mettre en garde contre les pratiques d'une entreprise. Vu l'importance majeure de l'activité économique dans notre société, la contre-publicité du consommateur contribue tout autant à l'échange d'information et à la protection d'intérêts sociétaux que la publicité ou certaines formes d'expression politique. Ce type de communication peut avoir une importance sociale considérable, au-delà même du domaine purement commercial.

“Counter-advertising” is not merely a reaction to commercial speech, and is not a form of expression derived from commercial speech. Rather, it is a form of the expression of opinion that has an important effect on the social and economic life of a society. It is a right not only of consumers, but of citizens.

In this respect, simple means of expression such as posting signs or distributing pamphlets or leaflets or, these days, posting messages on the Internet are the optimum means of communication for discontented consumers. The media are still often beyond their reach because of the cost. In *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, this Court stressed the importance of signs as an effective and inexpensive means of communication for individuals and groups that do not have sufficient economic resources. Signs, which have been used for centuries to communicate political, artistic or economic information, sometimes convey forceful messages. Signs, in various forms, are thus a public, accessible and effective form of expressive activity for anyone who cannot undertake media campaigns. (See *Ramsden*, at pp. 1096-97; see also *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 198.)

By restricting the right to use this optimum means of expression to certain designated places, the impugned by-law directly infringes freedom of expression. This infringement impacts especially on the freedom of expression of a person who does not have access to substantial financial resources. A limitation of this nature can in fact deprive that person of the only means of expression that are truly accessible to him or her. Even when a legislative or regulatory provision is neutral in appearance, it can have a major impact on the ability of a person or group to engage in expressive activity (see *Irwin Toy*, at pp. 974-75).

E. Impact of the By-law

I readily concede that the impugned provisions of the zoning by-law were certainly not

En effet, elle ne se limite pas à une réaction au discours commercial et ne constitue pas une forme d'expression dérivée de celui-ci. Elle représente plutôt une forme d'expression d'opinion importante sur la vie sociale et économique de la société. Elle appartient non seulement au consommateur, mais aussi au citoyen.

À cet égard, les moyens d'expression simples, comme l'affichage ou la distribution de pamphlets ou de feuillets, ou déjà aujourd'hui, les messages sur Internet, constituent pour les consommateurs mécontents des modes privilégiés de communication. En effet, le recours aux médias reste souvent hors de leur portée en raison de leurs coûts. Dans *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, notre Cour a rappelé l'importance de l'affichage comme moyen de communication efficace et peu coûteux pour les particuliers et les groupes dépourvus de ressources économiques suffisantes. Utilisées depuis des siècles pour communiquer des renseignements de nature politique, artistique ou économique, les affiches transmettent des messages parfois percutants. Sous des formes diverses, l'affichage constitue ainsi une forme d'activité expressive publique, accessible et efficace pour qui ne peut recourir aux campagnes médiatiques (voir *Ramsden*, p. 1096-1097; voir aussi *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 198).

En restreignant à certains endroits désignés le droit d'utiliser ce mode privilégié d'expression, le règlement contesté porte directement atteinte à la liberté d'expression. Cette atteinte affecte particulièrement la liberté d'expression d'une personne qui ne dispose pas de moyens financiers importants. Une telle limitation peut en effet avoir pour conséquence de priver cette personne des seuls moyens d'expression qui lui sont réellement accessibles. Même d'apparence neutre, une disposition législative ou réglementaire peut avoir un impact majeur sur la possibilité d'expression d'une personne ou d'un groupe (voir *Irwin Toy*, p. 974-975).

E. L'impact du règlement municipal

Je concède volontiers que les dispositions contestées du règlement de zonage n'ont sûrement pas

24

25

26

27

designed with a view to preventing a consumer or member of the public from engaging in “counter-advertising”. However, the by-law prohibits the posting of advertising except in industrial zones or on the site where the commercial activity is carried on (*Règlement d’urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe*, s. 14.1.5(p)). The definition of “advertising sign” includes any kind of sign that refers to a particular business by name. The definition is clear in this regard. Section 2.2.4 defines an advertising sign as a [TRANSLATION] “sign showing at least a trade name and drawing attention to a business, a product, a service or an entertainment carried on, sold or offered on a property other than the property on which it is placed”. If a sign includes a trade name, the by-law prohibits placing it elsewhere than in the location where the commercial activity takes place or in an industrial zone. No distinction is made in this regard between favourable advertising and negative advertising. If the by-law is applied literally, its effect is to make it impossible for any individual to post signs criticising the practices, products or services of a business. The two options available to an individual are to obtain the prior authorization of the business in order to be able to erect the sign on the premises where the commercial activity is carried on and to purchase or lease a site in an industrial zone. While the latter option presupposes the availability of financial resources, the former would obviously call for a miracle. The most accessible and effective form of expression for an individual such as Guignard is, for all practical purposes, prohibited. Guignard has therefore established an infringement of his freedom of expression. It is now up to the municipality to establish that the by-law is reasonable and to show that it is consistent with the values of a free and democratic society, under s. 1 of the *Charter*.

F. Justification

28

In *Sharpe*, *supra*, McLachlin C.J. summarized the onus imposed on the public authority under s. 1 of the *Charter* as follows. To justify the intrusion on free expression, a government must demonstrate, through evidence supplemented by common sense and inferential reasoning, that the impugned

été conçues dans le but d’empêcher un consommateur ou un citoyen de faire de la contre-publicité. Cependant, le règlement interdit l’affichage publicitaire sauf en zone industrielle ou sur le lieu où est exercée l’activité commerciale (*Règlement d’urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe*, par. 14.1.5p)). La définition du terme « enseigne publicitaire » inclut tout type d’affiche désignant nominativement une entreprise particulière. La définition à cet égard est claire. L’article 2.2.4 définit une enseigne publicitaire comme une « enseigne indiquant au moins une raison sociale et attirant l’attention sur une entreprise, un produit, un service ou un divertissement mené, vendu ou offert sur un autre terrain que celui où elle a été placée ». Dès qu’une affiche comporte une raison sociale, le règlement interdit de la placer ailleurs qu’à l’endroit où se déroule l’activité commerciale ou en zone industrielle. Aucune distinction n’est faite à cet égard entre la promotion publicitaire favorable et la publicité négative. Appliqué à la lettre, ce règlement a pour effet de priver tout citoyen de la possibilité d’afficher pour dénoncer les pratiques, produits ou services d’une entreprise. Les deux options qui s’offrent à un citoyen consistent à obtenir l’autorisation préalable de l’entreprise afin de pouvoir installer l’affiche sur les lieux même de l’activité commerciale et à acheter ou louer un emplacement en zone industrielle. Alors que cette dernière option suppose la disponibilité de moyens financiers, la première relève manifestement du miracle. Le mode d’expression le plus accessible et efficace pour un citoyen comme M. Guignard est à toutes fins pratiques interdit. Monsieur Guignard a donc établi une atteinte à sa liberté d’expression. Il appartient maintenant à la municipalité d’établir le caractère raisonnable du règlement et d’en démontrer la conformité aux valeurs d’une société démocratique en vertu de l’article premier de la *Charte*.

F. La justification

Dans l’arrêt *Sharpe*, précité, le juge en chef McLachlin résumait ainsi le fardeau imposé à l’autorité publique par l’article premier de la *Charte*. Pour justifier une atteinte à la liberté d’expression, les pouvoirs publics doivent établir, au moyen d’une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement

law meets the tests set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and refined in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, *supra*. The goal of the impugned law must be pressing and substantial. The law must be proportionate to the goal in the sense of furthering the goal, being carefully tailored to avoid excessive impairment of the right, and productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression. (See *Sharpe*, at para. 78; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 35-16 and 35-17; H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (3rd ed. 1997), at pp. 930-36; M. Rothstein, "Section 1: Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms" (1999-2000), 27 *Man. L.J.* 171.)

In this case, in addition to denying that the constitutional guarantee had in any way been violated, the respondent argued, in the alternative, that its by-law was justified under s. 1 of the *Charter* on the ground that it was designed to prevent visual pollution and driver distraction. The justification process is not limited to the objective defined. The other tests must also be met, including demonstration of a rational connection, minimal impairment and proportionality. An examination of the practical effects of the by-law shows that the respondent did not meet any of the tests involved in the justification process. To be sure, the prevention of visual pollution is a reasonable objective. The creation of zones is an appropriate urban planning exercise that is authorized by the Act and is very common in most municipalities. It is easy to understand the reasons that prompt municipalities not to allow any kind of sign, in any place and at any time. It is a matter of maintaining a pleasant environment for the residents. However, as it stands, the respondent's by-law prohibits only those signs that expressly indicate the trade name of a commercial enterprise in residential areas. All other types of signs of a more generic nature are exempt from the by-law. Thus, if Guignard had merely stated on his sign "Don't trust insurance companies" without anything further, or "Don't trust the insurance company located at this

par déduction, que la disposition attaquée satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisés dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité. L'objectif poursuivi par la disposition attaquée doit être urgent et réel. La disposition doit être proportionnelle à l'objectif poursuivi, en ce sens qu'elle doit favoriser la réalisation de cet objectif, être soigneusement conçue pour éviter toute atteinte excessive au droit et produire des avantages qui l'emportent sur les effets négatifs de l'atteinte à la liberté d'expression (voir *Sharpe*, par. 78; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 35-16 et 35-17; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (3^e éd. 1997), p. 930-936; M. Rothstein, « Section 1 : Justifying Breaches of Charter Rights and Freedoms » (1999-2000), 27 *Man. L.J.* 171).

En l'espèce, en plus de nier toute violation de la garantie constitutionnelle, l'intimée a plaidé subsidiairement que son règlement se justifiait par l'application de l'article premier de la *Charte* au motif qu'il visait à prévenir la pollution visuelle et la distraction des automobilistes. Or, le processus de justification ne se limite pas à la définition d'un objectif. Il faut encore que les autres critères soient respectés, notamment la démonstration d'un lien rationnel, d'une atteinte minimale et d'effets proportionnés. L'examen des effets pratiques du règlement démontre que l'intimée ne satisfait à aucun de ces critères du processus de justification. Certes, la prévention de la pollution visuelle représente un objectif raisonnable. La création de zones constitue un exercice approprié d'aménagement du territoire qui est autorisé par la loi et fort généralisé dans la plupart des municipalités. On conçoit bien les raisons qui incitent les municipalités à ne pas permettre toutes formes d'affiches en tous lieux et en tous temps. Il y va du maintien d'un milieu de vie agréable pour les citoyens. Cependant, tel que rédigé, le règlement de l'intimée n'interdit dans les zones résidentielles que les affiches mentionnant expressément la raison sociale d'une entreprise commerciale. Tous les autres types d'affiche à caractère plus générique échappent au règlement municipal. Ainsi,

address”, or “Purchase your insurance elsewhere than in Saint-Hyacinthe”, his sign would have complied with the by-law, even though it was just as polluting from a visual point of view as a billboard bearing the trade name “Commerce Group”. These difficulties illustrate the arbitrary nature of the ban and of the distinctions that underlie it.

30 On the question of minimal impairment, the by-law in question is not a reasonable solution as among the solutions normally available to a government within the latitude it has to make these judgments. The by-law severely curtails Guignard’s freedom to express his dissatisfaction with the practices of his insurance company publicly. It forces him to use advertising methods that presuppose the availability of adequate financial resources. Alternatively, it restricts him to private or virtually private communications such as distributing leaflets in the neighbourhood around his property, which is undoubtedly less effective, to convey to the public his opinion about the quality of his insurer’s services.

31 Finally, the impact of the by-law on Guignard’s freedom of expression is disproportionate to any benefit that it secures for the municipality. In this respect, we have seen that posting signs is an optimum means of expression for individuals (see *Ramsden*, at p. 1102). By limiting that means of expression, the by-law amounts to a serious and unjustified infringement of a form of expression that has been commonly used for a long time and is closely connected to the values underlying the protection of freedom of expression.

32 The only appropriate remedy in this case is a declaration that the provisions of the municipal by-law the appellant has challenged are invalid. Because of the considerable overlap between the definitions and the provision imposing the ban, the declaration of nullity must apply to both the definition and the ban itself. That is the relief that follows from the type of challenge that was brought. A solution that applied solely and personally to the appellant would

M. Guignard se serait-il contenté d’inscrire sur son affiche « méfiez-vous des assureurs » sans plus ou, « méfiez-vous de l’assureur situé à telle adresse », ou « assurez-vous ailleurs qu’à Saint-Hyacinthe », que son affiche aurait respecté le règlement municipal, bien qu’aussi polluante au point de vue visuel qu’un panneau portant la raison sociale de Groupe Commerce. Ces difficultés illustrent d’ailleurs le caractère arbitraire de l’interdiction et des distinctions dont elle dépend.

Sur le plan de l’atteinte minimale, le règlement en cause ne constitue pas une solution raisonnable parmi celles normalement laissées à la marge d’appréciation de l’administration publique. La réglementation restreint gravement la liberté de M. Guignard d’exprimer publiquement son mécontentement vis-à-vis les pratiques de son assureur. Elle l’oblige à recourir à des modes de publicité qui supposent la disponibilité de moyens financiers adéquats. Alternativement, elle le restreint à des communications privées ou presque, comme la distribution de quelques tracts dans le voisinage de son immeuble, sans doute beaucoup moins efficaces, pour transmettre au public son opinion sur la qualité des services de son assureur.

Enfin, la réglementation a un impact disproportionné sur la liberté d’expression de M. Guignard par rapport à tout avantage qu’elle confère à la municipalité. À cet égard, on a vu que l’affichage demeure un mode d’expression privilégié pour le particulier (voir *Ramsden*, p. 1102). En limitant celui-ci, le règlement municipal porte atteinte de façon grave et injustifiée à une forme d’expression en usage courant depuis longtemps et étroitement liée aux valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d’expression.

Le seul remède approprié en l’espèce est l’invalidation des dispositions du règlement municipal qu’attaque l’appellant. En raison de l’imbrication étroite des définitions et de la disposition prohibitive, la déclaration de nullité doit porter tant sur la définition que sur l’interdiction elle-même. Cette conclusion découle du type de contestation engagée. Une solution limitée à la seule personne de l’appellant ne réglerait pas de façon satisfaisante le

not satisfactorily resolve the legal problem before us. However, given the importance of the zoning by-law in municipal land use planning and the risk of creating acquired rights, during a period in which there was a legal vacuum, which could be set up against a subsequent by-law, that relief must be tempered by suspending the declaration of invalidity for a period of six months, to give the municipality an opportunity to revise its by-law. It will no doubt be in the respondent's interests to rethink the definition of "advertising sign", in particular, and more clearly identify the real objectives of the bans imposed. The appellant must therefore be acquitted of the charge against him.

VII. Costs

The appellant is entitled to his costs in this Court. Moreover, for the other proceedings in the case, which are governed by the *Code of Penal Procedure* of Quebec, it is appropriate to award the appellant costs assessed as a lump sum of \$2,000 for all the proceedings in the Court of Appeal, the Superior Court and the Municipal Court as well as the disbursements incurred.

VIII. Conclusion

For these reasons, the appeal is allowed, the definition of "enseigne" (sign) and "enseigne publicitaire" (advertising sign) in s. 2.2.4 of the *Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe* and s. 14.1.5(p) of the *Règlement* are declared invalid. The declaration of invalidity is suspended for a period of six months. The judgments of the Quebec Court of Appeal, the Superior Court and the Municipal Court are set aside and the appellant is acquitted of the charge against him with costs in this Court and costs limited to a \$2,000 fee plus disbursements incurred in the Quebec Court of Appeal, the Superior Court (Criminal Division) and the Municipal Court of Saint-Hyacinthe.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Do s. 14.1.5(p) and the definition of the expressions "enseigne" (sign) and "enseigne publicitaire" (advertising sign) in the *Règlement d'urbanisme de*

problème juridique en cause. Cependant, compte tenu de l'importance du règlement de zonage dans l'aménagement du territoire municipal et du risque de création de droits acquis opposables à une réglementation ultérieure, pendant une période de vide juridique, cette conclusion doit être modulée par une suspension de l'invalidité pour une période de six mois afin de permettre à la municipalité de revoir son règlement. L'intimée aura sans doute avantage à repenser notamment la définition du mot « enseigne publicitaire » et à mieux identifier les objectifs réels des dispositions prohibitives. L'appelant doit alors être acquitté de l'accusation portée contre lui.

VII. Les dépens

L'appelant a droit à ses dépens devant notre Cour. Par ailleurs, pour les autres étapes du dossier, régies par le *Code de procédure pénale* du Québec, il est approprié d'accorder à l'appelant des dépens évalués forfaitairement à 2000 \$ pour l'ensemble des procédures devant la Cour d'appel, la Cour supérieure et la Cour municipale, ainsi que les débours.

VIII. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, la définition des mots « enseigne » et « enseigne publicitaire » à l'art. 2.2.4 du *Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe* et le par. 14.1.5p) de ce même règlement sont déclarés invalides. La déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de six mois. Les jugements de la Cour d'appel du Québec, de la Cour supérieure et de la Cour municipale sont cassés et l'appelant est acquitté de l'accusation portée contre lui avec dépens devant notre Cour; il a droit à des dépens limités à 2000 \$ au titre des honoraires et à ses débours devant la Cour d'appel du Québec, la Cour supérieure (chambre criminelle) et la Cour municipale de Saint-Hyacinthe.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 14.1.5p) et la définition des expressions « enseigne » et « enseigne publicitaire » du *Règlement d'urbanisme de la Ville de Saint-Hyacinthe*

33

34

35

la Ville de Saint-Hyacinthe limit the right guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is “yes”, can these limits be justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Boivin Payette, Montréal.

Solicitors for the respondent: Forest Guilmain Arpin, Saint-Hyacinthe.

limitent-ils le droit garanti par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de ces limites peut-elle se démontrer conformément à l’article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Boivin Payette, Montréal.

Procureurs de l’intimée : Forest Guilmain Arpin, Saint-Hyacinthe.

Frédéric St-Jean Appellant

v.

Denis Mercier Respondent

INDEXED AS: ST-JEAN v. MERCIER

Neutral citation: 2002 SCC 15.

File No.: 27515.

2001: April 18; 2002: February 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil responsibility — Physicians and surgeons — Duty of prudence and diligence — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether presumption of causation applies.

Appeals — Standard of review — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether Supreme Court of Canada has reason to intervene in Court of Appeal's decision.

The appellant was hit by an automobile and was transported by ambulance to a hospital. He had open fractures in both legs and was bleeding from the head. The appellant was examined by the respondent, an orthopaedic surgeon, later that evening. The respondent was aware of a suspected fracture at the T7 vertebra, but he nonetheless concluded that the fracture was stable or that it was actually only a benign anomaly, thus not impeding his ability to operate. The operation was extremely urgent as it was necessary to treat the open wounds in the legs. Two days later, the respondent decided that the appellant's condition had sufficiently improved to allow another operation

Frédéric St-Jean Appellant

c.

Denis Mercier Intimé

RÉPERTORIÉ : ST-JEAN c. MERCIER

Référence neutre : 2002 CSC 15.

N^o du greffe : 27515.

2001 : 18 avril; 2002 : 21 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Médecins et chirurgiens — Obligation de prudence et de diligence — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — Y a-t-il présomption de causalité?

Appels — Norme de contrôle — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — La Cour suprême du Canada peut-elle intervenir dans la décision de la Cour d'appel?

L'appellant est renversé par une automobile et est transporté en ambulance à l'hôpital. Il a des fractures ouvertes aux deux jambes et des saignements à la tête. L'appellant est examiné par l'intimé, un chirurgien orthopédiste, plus tard dans la soirée. L'intimé est au courant de la possibilité d'une fracture à la vertèbre D7, mais conclut néanmoins qu'il s'agit d'une fracture stable ou seulement d'une anomalie bénigne, qui n'empêche pas d'opérer. L'opération est extrêmement urgente parce qu'il faut traiter les plaies ouvertes aux deux jambes. Deux jours plus tard, l'intimé juge que l'état de l'appellant s'est suffisamment amélioré pour permettre une autre

on the leg, which was carried out the next day. That evening, a nurse entered a note that the appellant was unable to move his legs or toes, a condition the respondent attributed to sciatica. A week later, a third operation was carried out. During a visit to the out-patient clinic after the appellant was discharged from the hospital, the respondent witnessed spasms in the appellant's right leg, a symptom of spastic paraplegia. He consulted a neurologist, who confirmed a condition of spastic paraplegia arising from a medullary contusion. No x-ray of the back was taken. Subsequent x-rays and a myelogram revealed a fracture at the T8 vertebra with a subluxation (partial dislocation) of 9 millimetres in relation to T9. A more detailed review of the x-rays taken following the accident revealed that the fracture was visible but that the subluxation was only 3 millimetres. The respondent proposed surgery to decompress the spinal cord, but the appellant asked to be transferred to another hospital, where the treating neurosurgeon decided not to operate. The appellant was diagnosed with paraparesis, a type of paralysis where the motor activity of the lower limbs is undermined but sensitivity is still retained.

The appellant's action against the respondent went to trial. After the case had been heard and while the trial judge was deliberating, he fell ill and so the case was transferred to another judge, to be decided on the basis of the evidence entered at trial. The new trial judge found the respondent to be without fault, concluding that he could not be reproached for not having diagnosed a medullary contusion rather than a sciatic condition. He also found that the appellant had not discharged his burden to show causation. The Court of Appeal found that the respondent had committed a fault, but affirmed the trial judge's ruling that causation had not been established.

Held: The appeal should be dismissed.

The inquiry to be made in this case is the traditional one: was the Court of Appeal correct in intervening in the trial judge's decision because there was an error of law, an error of mixed law and fact, or an overriding and palpable error of fact? The Court of Appeal concluded that the trial judge made a mistake in the analysis of fault by asking the wrong question in determining whether a fault had been committed. The correct inquiry to be made in assessing whether a professional committed a fault is to ask whether the defendant behaved as would a reasonably prudent and diligent fellow professional in the same circumstances. To ask, as the principal question in the general inquiry, whether a specific positive act or an instance of omission constitutes a fault is to collapse the inquiry and may confuse the issue. What must be asked is whether that act or omission would be acceptable behaviour for a reasonably prudent and diligent professional in

opération à la jambe, qui a lieu le lendemain. Dans la soirée, une infirmière note que l'appelant est incapable de bouger ses jambes et ses orteils, état que l'intimé attribue à une atteinte du sciatique. Une semaine plus tard, on procède à une troisième opération. Au cours d'une visite à une clinique externe après sa sortie de l'hôpital, l'intimé constate que l'appelant a des spasmes à la jambe droite, symptôme de paraplégie spastique. Il consulte un neurologue qui confirme la paraplégie spastique associée à une contusion médullaire. Aucune radiographie du dos n'est prise. Des radiographies et myélographies ultérieures révèlent la présence d'une fracture à la vertèbre D8 avec subluxation (luxation partielle) de 9 mm par rapport à la D9. Une analyse plus poussée des radiographies prises après l'accident révèle que la fracture était visible, mais que la subluxation n'était alors que de 3 mm. L'intimé propose une intervention chirurgicale pour décompresser la moelle épinière, mais l'appelant demande un transfert à un autre hôpital où le neurochirurgien traitant décide de ne pas opérer. On diagnostique chez l'appelant une paraparesie, type de paralysie qui atteint la motricité des membres inférieurs, mais ne prive pas de sensibilité.

L'action de l'appelant contre l'intimé est instruite. Pendant son délibéré, le juge tombe malade et le dossier est confié à un autre juge pour qu'il rende jugement selon la preuve déposée au procès. Le nouveau juge de première instance conclut que l'intimé n'a pas commis de faute et qu'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir diagnostiqué une contusion médullaire au lieu d'une atteinte du sciatique. Il juge aussi que l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer la causalité. La Cour d'appel statue que l'intimé a commis une faute, mais confirme le jugement du juge de première instance sur l'absence de lien de causalité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Il faut procéder à un examen traditionnel : la Cour d'appel a-t-elle eu raison d'intervenir dans la décision de première instance parce qu'il y avait une erreur de droit, une erreur mixte de droit et de fait ou une erreur manifeste et dominante de fait? La Cour d'appel conclut que le juge de première instance a fait erreur dans l'analyse de la faute en se posant la mauvaise question pour déterminer si une faute a été commise. Pour déterminer si un professionnel a commis une faute, il faut se demander si le défendeur s'est comporté comme un autre professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Se demander, principalement dans cet examen général, si un acte donné ou une omission constitue une faute est réducteur de l'analyse et source possible de confusion. Ce qu'il faut se demander c'est si l'acte ou l'omission constituerait un comportement acceptable pour un professionnel raisonnablement

the same circumstances. The erroneous approach runs the risk of focussing on the result rather than the means. Here, the Court of Appeal was concerned that a proper inquiry was not made and the wrong standard of fault was applied by the trial judge. This concern entitled the Court of Appeal to intervene.

The Court of Appeal also faulted the trial judge's decision for not taking a position on the scientific debate as to causation. A trial judge must assess whether the evidence supports, on a balance of probabilities, a finding of causation. It is not enough to say that there are opposing medical theories on causation and that it is not up to the court to decide between them. It was thus open to the Court of Appeal to be concerned that the trial judge had erred in this manner and accordingly undertake its own analysis of causation.

Findings of fault in the law of delict are questions of mixed law and fact, and the standard of review in this instance is one of correctness. Here, this Court is justified in modifying certain findings of fault made by the Court of Appeal, all the while allowing the finding of fault to stand. There can be no reproach against the respondent for not verifying the fracture at T7 with the radiologist. As far as T7 itself was concerned, the respondent had exercised his professional judgement and decided that whatever fracture there may be at that level, it was stable. However, the suspected fracture at T7 together with the violence of the impact, as well as the consequent concern of the respondent about back pain later on, should have led the respondent to examine more fully the state of the spine once the urgent first operation was done. The fault lies in not conducting the requisite neurological tests, and not examining the back properly with the available tests such as more localized x-rays and scans. There is also no reason to find a fault for not taking cognizance of the nurses' notes, since the respondent personally checked to see how the appellant was recovering after the second operation and asked specifically about back pain. Finally, a lack of immobilization, more specifically the second operation, constituted a fault, but only in conjunction with the first fault of not making further inquiries.

The Court is not clearly satisfied that there was an error in the Court of Appeal's findings of fact as to causation. The Court of Appeal concluded that notwithstanding the faults committed by the respondent, the accident was the legal cause of the injury suffered by the appellant resulting in paraparesis. This conclusion was amply

prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La démarche erronée risque de mettre l'accent sur le résultat plutôt que sur les moyens. En l'espèce, la Cour d'appel craignait que le juge de première instance n'ait pas procédé à l'analyse requise et qu'il ait appliqué la mauvaise norme de faute. Cette crainte justifiait son intervention.

La Cour d'appel reproche aussi au juge de première instance de ne pas avoir pris position dans le débat scientifique sur la causalité. Le juge de première instance doit déterminer si la preuve appuie, selon la prépondérance des probabilités, une constatation de causalité. Il ne suffit pas de dire qu'il existe des théories médicales opposées sur le lien de causalité et qu'il n'appartient pas au tribunal de trancher. La Cour d'appel pouvait donc craindre que le juge de première instance ait fait cette erreur et pouvait par conséquent procéder à sa propre analyse de la causalité.

En droit de la responsabilité civile délictuelle, l'imputation de la faute est une question mixte de droit et de fait, et la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la justesse. Dans la présente affaire, la Cour est fondée à modifier certaines conclusions de la Cour d'appel sur la faute tout en maintenant la constatation de faute. On ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir vérifié auprès du radiologue l'existence d'une fracture à la D7. En ce qui concerne la D7, l'intimé a exercé son jugement professionnel et conclu que toute fracture susceptible d'exister à ce niveau était stable. Cependant, compte tenu de la fracture soupçonnée à la D7 et de la violence de l'impact, ainsi que de son inquiétude subséquente quant aux douleurs dorsales, l'intimé aurait dû faire un examen plus poussé de l'état de la colonne après la première opération d'urgence. La faute tient au défaut de procéder aux examens neurologiques requis et d'examiner le dos correctement avec les moyens disponibles, comme des radiographies ou scanographies plus localisées. Il n'y a aucune raison non plus de conclure à la faute du fait de n'avoir pas pris connaissance des notes des infirmières, puisque l'intimé a personnellement vérifié l'état de l'appellant après la deuxième opération et lui a expressément demandé s'il avait des douleurs au dos. Enfin, le défaut d'immobiliser, tout particulièrement la deuxième opération, constituait une faute, mais seulement en liaison avec la première faute de ne pas avoir procédé à des examens plus poussés.

La Cour n'est pas bien convaincue que les conclusions de fait de la Cour d'appel sur la causalité comportent une erreur. La Cour d'appel conclut que, malgré les fautes commises par l'intimé, l'accident était la cause juridique des blessures qui ont abouti à la paraparesie de l'appellant. La preuve étaye amplement cette conclusion. En fin de

supportable by the evidence. The Court of Appeal ultimately gave its sanction to the respondent's experts' theory that it was at the point and moment of impact that there occurred a medullary contusion, which set in motion the chain of physiological phenomena which would lead to the subsequent paraparesis. The Court of Appeal committed no error in its interpretation of the evidence and its conclusion that given the initial harm caused by the accident, no causation can be attributed to the respondent's faults. The initial harm of the accident simply outweighed any kind of effect the faulty treatment might have had, to the point where it cannot be said on a probabilistic basis that the faulty treatment had any causal effect. The chances of recuperation in this case were not significant enough on a balance of probabilities to establish that the faulty treatment caused the harm suffered.

The Court of Appeal made no error in its decision not to apply presumptions of causation in favour of the appellant. The refusal to make presumptions is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof. There was evidentiary material for the appellant to make his case. Article 2849 *C.C.Q.* provides that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. These criteria were not fulfilled in this case. The evidence pointed in different and sometimes opposite directions. The Court of Appeal appropriately said that it is insufficient to show that the defendant created a risk of harm and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created.

The rule of imposing solidary liability where a wrong causing injury has been jointly committed should not be applied in favour of the appellant. It should only be applied in cases where there is a true impossibility to determine the author of the delict, which impossibility did not exist here.

Cases Cited

Applied: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; **approved:** *Stéfaniak v. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332; **distinguished:** *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; **considered:** *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; **referred to:** *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Québec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Demers v. Montreal*

compte, la Cour d'appel souscrit à la théorie des experts de l'intimé selon laquelle c'est à l'endroit et au moment de l'impact que s'est produite la contusion médullaire qui a déclenché une série de phénomènes physiologiques qui ont abouti à la paraparesie. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve et sa conclusion que, compte tenu du préjudice initial causé par l'accident, la causalité ne peut être attachée aux fautes de l'intimé. Le préjudice initial de l'accident l'emporte simplement sur tout effet que les soins fautifs auraient pu avoir, au point qu'on ne peut pas dire sur la base des probabilités que le traitement fautif a eu un effet causal. Les chances de rétablissement en l'espèce n'étaient pas, selon la prépondérance des probabilités, suffisamment importantes pour établir que le traitement fautif avait causé le préjudice.

La Cour d'appel n'a pas fait erreur en décidant de ne pas appliquer de présomptions de causalité en faveur de l'appelant. Le refus de tirer des présomptions est autant une décision sur la preuve que tout autre refus, ou acceptation, de moyens de preuve. L'appelant avait des éléments de preuve à l'appui de sa demande. L'article 2849 *C.c.Q.* prévoit que le tribunal ne doit prendre en considération que les présomptions graves, précises et concordantes. Ces conditions ne sont pas remplies ici. La preuve pointe dans des directions différentes et parfois opposées. La Cour d'appel déclare à bon droit qu'il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s'est ensuite réalisé dans l'aire de risque ainsi créée.

La règle de la responsabilité solidaire lorsqu'il y a participation à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ne devrait pas s'appliquer en faveur de l'appelant. Elle ne devrait s'appliquer que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer l'auteur du délit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; **arrêts approuvés :** *Stéfaniak c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332; **distinction d'avec l'arrêt :** *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; **arrêts examinés :** *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2

Steam Laundry Co. (1897), 27 S.C.R. 537; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54; *Cie de volailles Maxi Ltée v. Empire Cold Storage Co.*, [1995] Q.J. No. 731 (QL); *Cooke v. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Hébert v. Lamothe*, [1974] S.C.R. 1181; *Bonenfant v. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Labelle v. Charette*, [1960] Que Q.B. 770; *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, ss. 9, 85.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1053, 1238, 1242.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1480, 2846, 2847, 2849.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Baudouin, Jean-Louis, et Yvon Renaud. *Code civil du Québec annoté*, t. 2, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
 Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445.
 Jutras, Daniel. "Expertise scientifique et causalité". Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
 Karim, Vincent. *Commentaires sur les obligations*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
 Mayrand, Albert. "L'énigme des fautes simultanées" (1958), 18 *R. du B.* 1.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
 Woods, Thomas S. "Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction" (1998), 56 *The Advocate* 61.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 1658, [1999] Q.J. No. 2584

R.C.S. 802; *Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54; *Cie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.*, [1995] A.Q. n^o 731 (QL); *Cooke c. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Hébert c. Lamothe*, [1974] R.C.S. 1181; *Bonenfant c. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Labelle c. Charette*, [1960] B.R. 770; *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1053, 1238, 1242.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1480, 2846, 2847, 2849.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 9, 85.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
 Baudouin, Jean-Louis, et Yvon Renaud. *Code civil du Québec annoté*, t. 2, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
 Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445.
 Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité ». Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
 Karim, Vincent. *Commentaires sur les obligations*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
 Mayrand, Albert. « L'énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1.
 Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.
 Woods, Thomas S. « Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction » (1998), 56 *The Advocate* 61.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1999] R.J.Q. 1658, [1999] J.Q. n^o 2584

(QL), affirming a decision of the Superior Court, [1998] Q.J. No. 234 (QL). Appeal dismissed.

Frédéric St-Jean and Benoît Mailloux, for the appellant.

Gérald R. Tremblay, Q.C., Louis Terriault and David E. Platts, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ This tragic case raises issues in the areas of medical liability under Quebec civil law and appellate review of lower court decisions. The appellant, who was the victim of a serious car accident, appeals against a decision of the Quebec Court of Appeal dismissing his appeal of Morin J.'s decision in the Superior Court, which rejected his action in civil responsibility arising out of the treatment of his injuries by the respondent orthopaedic surgeon as well as another defendant physician against whom the appellant did not pursue his action in this Court. The general issue raised by this appeal is whether the Court of Appeal was justified in intervening in the Superior Court's decision, and likewise whether this Court has reason to intervene in the Court of Appeal's decision. An incidental question is whether this case warrants an application in favour of the appellant of a presumption as to causation between the respondent's alleged fault and the harm suffered by the appellant. For the reasons that follow, I have concluded that the Court of Appeal was entitled to intervene in the Superior Court's decision and find fault but nevertheless confirm the latter's ruling that there was no causation. This Court is justified in modifying certain findings of fault made by the Court of Appeal, all the while allowing the finding of fault to stand. The latter court's conclusion that there was no causation is affirmed. On the incidental question, there is no reason to apply a presumption in favour of the appellant since, given the divergent facts and expert opinion on the matter, there were no serious, precise, and concordant presumptions to be made in this case.

(QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure, [1998] A.Q. n° 234 (QL). Pourvoi rejeté.

Frédéric St-Jean et Benoît Mailloux, pour l'appellant.

Gérald R. Tremblay, c.r., Louis Terriault et David E. Platts, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Cette affaire tragique touche les domaines de la responsabilité médicale en vertu du droit civil du Québec et de l'examen en appel des décisions d'instances inférieures. L'appellant, victime d'un grave accident d'automobile, se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté son appel de la décision du juge Morin de la Cour supérieure le déboutant dans l'action en responsabilité civile qu'il avait intentée relativement au traitement de ses blessures par le chirurgien orthopédiste intimé et un autre médecin défendeur contre lequel l'action n'a pas été poursuivie devant notre Cour. La question générale en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel était justifiée d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure et, de même, d'établir si notre Cour a des raisons d'intervenir dans l'arrêt de la Cour d'appel. De façon incidente, il faut déterminer s'il y a lieu d'appliquer en faveur de l'appellant une présomption de causalité entre la faute alléguée de l'intimé et le préjudice subi par l'appellant. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel était en droit d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure et de conclure à la faute, mais de confirmer néanmoins la décision de cette dernière quant à l'absence de lien de causalité. Notre Cour est fondée à modifier certaines constatations de faute faites par la Cour d'appel tout en maintenant sa conclusion à l'existence de la faute. La conclusion de la Cour d'appel quant à l'absence de lien de causalité est confirmée. Sur cette question, il n'y a pas matière à présomption en faveur de l'appellant puisque, compte tenu des divergences dans les faits et dans les opinions des experts sur ce point, il n'existait pas de présomptions graves, précises et concordantes.

II. Facts

In the evening of August 11, 1986, the appellant was hit by an automobile travelling at 90 km/h an hour while he was hitchhiking along highway 20 in Saint-Jean-Chrysostome, in the Quebec City area. He was transported by ambulance to Hôtel-Dieu de Lévis Hospital where he came under the care of the attending emergency doctor, Dr. Couture. The doctor found that the appellant was conscious but agitated, had open fractures in both legs and abrasions on the abdomen, and was bleeding from the head.

The appellant was hovering between life and death upon arrival at the hospital. He was losing a lot of blood from the lower limbs and his pulse was very rapid. The appellant suffered from partial amnesia so his memory of events between noon on August 11 and the evening of August 18 is confused at best. Dr. Couture treated him for approximately three hours. The doctor asked for x-rays to be done on the lungs, abdomen, thorax, and the dorsolumbar column, indicating in the x-ray requisition that this was a case of a "polytrauma". These x-rays showed nothing abnormal except that Dr. Couture suspected a fracture in the spine at the T7 vertebra. He made a note of this as well as the appellant's complaint of back pain which he testified meant general back pain.

The appellant was examined by the respondent Dr. Mercier, an orthopaedic surgeon, later that evening. The respondent was aware of the suspected fracture at T7 and noted it as follows: [TRANSLATION] "Fx T7? Will see with radiologist". He nonetheless concluded that the fracture was stable or that it was actually only a benign anomaly, thus not impeding his ability to operate. The operation was extremely urgent as it was necessary to treat the open wounds in the legs.

The appellant was brought to the operating room that evening to treat the leg fractures. The respondent noted that the procedure was well tolerated. There are two notes describing the appellant's condition written by the respondent that evening. The first indicates that the neurovascular exam was satisfactory. The respondent said at trial that this exam

II. Les faits

Dans la soirée du 11 août 1986, l'appellant est renversé par une voiture roulant à 90 km/h, alors qu'il fait de l'auto-stop en bordure de l'autoroute 20 à Saint-Jean-Chrysostome, dans la région de Québec. Il est transporté en ambulance à l'Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis où il est pris en charge par le médecin de garde à la salle d'urgence, le D^r Couture. Ce dernier constate que l'appellant est conscient mais agité, qu'il a des fractures ouvertes aux deux jambes, des abrasions à l'abdomen ainsi que des saignements à la tête.

L'appellant est entre la vie et la mort à son arrivée à l'hôpital. Il perd beaucoup de sang par les membres inférieurs et son pouls est très élevé. L'appellant a souffert d'une amnésie partielle de sorte que sa mémoire de ce qui s'est passé entre midi le 11 août et le soir du 18 août est au mieux confuse. Le D^r Couture lui administre des soins pendant environ trois heures. Il demande des radiographies des poumons, de l'abdomen, du thorax et de la colonne dorso-lombaire, indiquant sur la requête « polytrauma ». Les radiographies ne révèlent rien d'anormal, mais le D^r Couture note qu'il soupçonne une fracture à la colonne vertébrale, au niveau de la vertèbre D7. Il note aussi que l'appellant se plaint d'une douleur dorsale ce qui signifie, selon son témoignage, une douleur dorsale généralisée.

L'appellant est examiné par l'intimé, le D^r Mercier, un chirurgien orthopédiste, plus tard dans la soirée. L'intimé est au courant de la possibilité d'une fracture à la vertèbre D7, notant : « Fx D7? Verrons avec radiologiste ». Il conclut néanmoins qu'il s'agit d'une fracture stable ou seulement d'une anomalie bénigne, qui n'empêche donc pas d'opérer. L'opération est extrêmement urgente parce qu'il faut traiter les plaies ouvertes aux deux jambes.

L'appellant est transporté en salle d'opération dans la soirée pour le traitement des fractures aux jambes. L'intimé note que la procédure a été bien tolérée. Ce soir-là, l'intimé écrit deux notes sur l'état de l'appellant. La première indique que l'examen neurovasculaire est satisfaisant. Au procès, l'intimé dit qu'il s'agit fondamentalement d'un examen vasculaire,

2

3

4

5

was basically a vascular one, despite the terminology used. The second note, which is undated but considered to have been written at the same time, reads: [TRANSLATION] "From a neurological point of view, drowsy and agitated at times. No neurovascular deficit but difficult to assess on lower limbs given the open fractures. No dorsolumbar pain." The respondent said at trial that what he meant by the latter observation was that there was no specific back pain.

6 In the afternoon of August 12, a nurse entered a note that there was good warmth and colour to the two feet as well as good movement of the toes of both feet. She observed that both feet, but especially the left one, were edematous.

7 On August 13, the respondent decided that the appellant's condition had sufficiently improved to allow another operation on the leg the next day. Unlike the first operation, this one was not urgent though it was desirable that it be performed promptly so as to avoid prolonging immobilization.

8 The second operation was carried out on August 14. A nurse's note states that the appellant was carried to the operating room in a stretcher, contrary to the usual practice of taking the patient to the operating room in his own bed. The appellant had earlier in the day complained of pains in the back and abdomen, as well as being thirsty and hot. The operation took place on an orthopaedic table and it went well.

9 In the evening of August 14, a nurse entered a note that the appellant could feel physical contact to his legs but that he was unable to move his legs and toes. The same observation was made in the course of the next few days.

10 On August 15, the respondent attributed this condition to sciatica on the right side consequent to the surgery. The respondent noted on August 18 that there was still no recuperation of the sciatic nerve. A similar observation was made on August 21, the day a third operation was carried out to modify a traction device attached to the leg. Since the appellant was able to feel his toes when they were touched, the respondent decided that there was nonetheless an amelioration in the sciatica.

malgré la terminologie utilisée. La deuxième note, qui n'est pas datée mais qui est considérée comme ayant été écrite au même moment, se lit ainsi : « Au point de vue neuro, somnolent et agité par période. Pas de déficit neurovasc mais difficile à évaluer aux membres inférieurs vu les fractures ouvertes. Pas de douleur dorso-lombaire. » Au procès, l'intimé dit que cette observation signifie qu'il n'y avait pas de douleur dorsale spécifique.

Dans l'après-midi du 12 août, une infirmière note au dossier une bonne chaleur et une bonne coloration des deux pieds ainsi qu'une bonne mobilité des orteils. Elle remarque que les deux pieds, surtout le pied gauche, sont œdémateux.

Le 13 août, l'intimé juge que l'état de l'appelant s'est suffisamment amélioré pour permettre le lendemain une autre opération à la jambe. Contrairement à la première opération, la deuxième n'est pas urgente, mais il est souhaitable d'y procéder avec diligence pour éviter de prolonger l'immobilisation.

La deuxième opération a lieu le 14 août. Une infirmière note que l'appelant est transporté en salle d'opération sur une civière, contrairement à la pratique habituelle de déplacer le patient dans son lit jusqu'à la salle d'opération. Plus tôt dans la journée, l'appelant s'est plaint de douleurs au dos et à l'abdomen, et d'avoir soif et chaud. L'intervention est faite sur une table orthopédique et se déroule bien.

Dans la soirée du 14 août, une infirmière note que l'appelant sent ses jambes quand on les touche, mais qu'il est incapable de bouger ses jambes et ses orteils. La même observation est notée au cours des jours suivants.

Le 15 août, l'intimé indique que cet état est attribuable à une atteinte du sciatique du côté droit résultant de l'opération. Le 18 août, l'intimé note qu'il n'y a toujours pas de récupération du nerf sciatique. Une observation similaire est faite le 21 août, le jour où on procède à une troisième opération pour modifier un appareil de traction attaché à la jambe. Comme l'appelant sent ses orteils quand on le touche, l'intimé décide qu'il y a néanmoins amélioration de l'état du sciatique.

The respondent left for vacation on August 22 and was replaced by Dr. Nolin, who was given a treatment plan that called for progressive mobilization of the appellant. The appellant started moving around in a wheelchair and was able to move around in his bed with the aid of supports.

The appellant was discharged from the hospital on August 27 and was scheduled to meet with the respondent in the out-patient clinic on September 12. It was during this visit, upon removing the plaster covering the right leg, that the respondent witnessed spasms to his great surprise, a symptom of spastic paraplegia. He consulted a neurologist, Dr. Bergeron, who confirmed a condition of spastic paraplegia arising from a medullary contusion.

No x-ray of the back was taken on September 12. The appellant returned to school while waiting for more thorough tests, which were fixed for September 19. The x-rays and myelogram revealed a fracture at the T8 vertebra with a subluxation (partial dislocation) of 9 millimetres in relation to T9. A more detailed review of the x-rays taken on August 11 revealed that the fracture at T8 was visible but that the subluxation was only 3 millimetres. Tomography tests were also done on September 22.

The respondent ordered the immobilization of the appellant and proposed surgery in order to decompress the spinal cord. On September 24, the appellant requested to be transferred to the *Enfant-Jésus* Hospital, where the treating neurosurgeon decided not to operate.

The appellant was diagnosed with paraparesis, a type of paralysis where the motor activity of the lower limbs is undermined but sensitivity is still retained. He underwent physiotherapy and continued with his education, obtaining a law degree and being called to the Quebec Bar.

The appellant applied for and received compensation from the *Société de l'assurance automobile du Québec* ("SAAQ"). The SAAQ informed him in July 1991 that it would no longer grant him full compensation as it found no causal relationship between the paraparesis and the automobile

L'intimé part en vacances le 22 août et il est remplacé par le D^r Nolin à qui il a remis un plan de traitement prévoyant une mobilisation progressive de l'appellant. Ce dernier a commencé à se déplacer en fauteuil roulant et est capable de changer de position dans son lit avec l'aide de supports.

Le 27 août, l'appellant reçoit son congé de l'hôpital, ayant un rendez-vous avec l'intimé le 12 septembre à la clinique externe. C'est pendant cette visite, quand il enlève le plâtre qui recouvre la jambe droite, que l'intimé constate à sa grande surprise que l'appellant est saisi de spasmes, symptôme d'une paraplégie spastique. Il consulte un neurologue, le D^r Bergeron, qui confirme la paraplégie spastique associée à une contusion médullaire.

Aucune radiographie du dos n'est prise le 12 septembre. L'appellant reprend ses classes en attendant des examens plus poussés fixés au 19 septembre. Les rapports radiologiques et myélographiques révèlent la présence d'une fracture à la vertèbre D8 avec subluxation (luxation partielle) de 9 millimètres par rapport à la D9. Une analyse plus poussée des radiographies prises le 11 août révèle que la fracture à la D8 était visible, mais que la subluxation n'était alors que de 3 millimètres. Le 22 septembre, l'appellant subit aussi des examens tomographiques.

L'intimé ordonne l'immobilisation de l'appellant et propose une intervention chirurgicale visant à décompresser la moelle épinière. Le 24 septembre, l'appellant demande un transfert à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus où le neurochirurgien traitant décide de ne pas opérer.

On diagnostique chez l'appellant une paraparesie, type de paralysie qui atteint la motricité des membres inférieurs, mais ne prive pas de sensibilité. L'appellant fait de la physiothérapie et poursuit ses études; il obtient un diplôme en droit et est admis au barreau du Québec.

L'appellant fait une demande d'indemnisation à la *Société de l'assurance automobile du Québec* (« SAAQ ») et l'obtient. En juillet 1991, la SAAQ l'informe qu'elle ne continuera pas de verser une pleine indemnité, invoquant l'absence de lien de causalité entre la paraparesie et l'accident du 11

11

12

13

14

15

16

accident of August 11, 1986. However, after the Superior Court's ruling finding the car accident to be the cause of the appellant's injuries, the SAAQ reversed its decision.

17 The appellant's action against the respondent and Dr. Couture, the emergency-room doctor, went to trial on February 10, 1997 before Rioux J. The appellant's action against Hôtel-Dieu de Lévis Hospital was settled out of court on March 23, 1994. Five medical experts appeared for each side. After the case had been heard and while Rioux J. was deliberating, he fell ill and so the case was transferred to Morin J., to be decided on the basis of the evidence entered at trial.

III. Relevant Statutory Provisions

18 *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57

9. Proceedings pending continue to be governed by the former legislation.

. . . A further exception is made for all matters concerning proof and procedure in such proceedings.

85. The conditions of civil liability are governed by the legislation in force at the time of the fault or act which causes the injury.

Civil Code of Lower Canada

1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

1238. Presumptions are either established by law or arise from facts which are left to the discretion of the courts.

1242. Presumptions not established by law are left to the discretion and judgment of the court.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64

2846. A presumption is an inference established by law or the court from a known fact to an unknown fact.

2847. . . .

A presumption concerning presumed facts is simple and may be rebutted by proof to the contrary; a presumption concerning deemed facts is absolute and irrebuttable.

août 1986. Cependant, après que la Cour supérieure statue que l'accident d'automobile est la cause des blessures de l'appelant, la SAAQ revient sur sa décision.

L'action intentée par l'appelant contre l'intimé et le D^r Couture, le médecin de la salle d'urgence, est entendue par le juge Rioux le 10 février 1997. Son action contre l'Hôtel-Dieu de Lévis est l'objet d'un règlement le 23 mars 1994. Chaque partie fait témoigner cinq médecins-experts. Pendant le délibéré du juge Rioux, ce dernier tombe malade et le dossier est confié au juge Morin pour qu'il rende jugement selon la preuve déposée au procès.

III. Les dispositions législatives applicables

Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57

9. Les instances en cours demeurent régies par la loi ancienne.

. . . [Cette règle] reçoit aussi exception pour tout ce qui concerne la preuve et la procédure en l'instance.

85. Les conditions de la responsabilité civile sont régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait qui a causé le préjudice.

Code civil du Bas Canada

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

1238. Les présomptions sont établies par la loi ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du tribunal.

1242. Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

2846. La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu.

2847. . . .

[La présomption] qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée.

2849. Presumptions which are not established by law are left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration.

IV. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court*, [1998] Q.J. No. 234 (QL)

Morin J. found that Dr. Couture had committed no fault in the manner that he treated the appellant and accordingly rejected the action against him.

Morin J. also found the respondent Dr. Mercier to be without fault. He began with the suspected fracture at T7 and concluded that either it was stable or it was not a fracture at all. This was the assessment of all of the expert witnesses as well as the respondent himself. In those circumstances, there can be no reproach for not discussing T7 with the radiologist since it would not have led to anything and there were no injuries resulting from this supposed fracture.

The trial judge found that reviewing the x-rays with the radiologist would not have shed any light on the T8-T9 fracture-luxation since the radiologist himself testified that he could not see it on the x-rays taken on August 11, 1986. Similarly, the respondent could not be blamed for not seeing it.

On the question of back pain, Morin J. accepted the respondent's testimony that the reason he wrote [TRANSLATION] "no dorsolumbar pain" was because the appellant indicated no precise back pain in response to questions posed by the respondent on that subject. Since there was no indication to suspect a fracture of the spinal column, the respondent had no reason to immobilize the patient to stabilize the spine.

The respondent diagnosed the appellant with a sciatic problem when, in retrospect, it was a case of paraparesis stemming from a medullary (spinal) contusion. Morin J. listed some factors explaining why this could not be characterized as a fault. By August 15, when the respondent made the diagnosis of sciatica, he had the radiologist's report which

2849. Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes.

IV. Les décisions antérieures

A. *Cour supérieure du Québec*, [1998] A.Q. n° 234 (QL)

Le juge Morin statue que le D^r Couture n'a pas commis de faute dans son traitement de l'appelant et rejette donc l'action contre lui.

Le juge Morin statue aussi que l'intimé, le D^r Mercier, n'a pas commis de faute. Le juge parle tout d'abord de la fracture soupçonnée à la vertèbre D7 et conclut soit qu'elle était stable ou qu'il n'y en avait pas. C'est la conclusion de tous les témoins experts et de l'intimé lui-même. Dans ces circonstances, on ne peut lui reprocher de ne pas en avoir parlé avec le radiologue puisque cela n'aurait mené à rien et aucune blessure n'a résulté de cette supposée fracture.

Le juge de première instance conclut que l'examen des radiographies avec le radiologue n'aurait pas révélé la fracture-luxation des vertèbres D8 et D9 puisque le radiologue a lui-même témoigné qu'il ne pouvait pas la voir sur les radiographies du 11 août 1986. De même, on ne peut reprocher à l'intimé de ne pas l'avoir vue.

Sur la question des douleurs au dos, le juge Morin accepte le témoignage de l'intimé qu'il a noté « pas de douleur dorso-lombaire » parce que l'appelant ne lui avait pas indiqué de douleur précise lorsqu'il l'a interrogé à ce sujet. Puisque rien ne portait à soupçonner une fracture de la colonne vertébrale, l'intimé n'avait aucune raison d'immobiliser le patient pour stabiliser sa colonne vertébrale.

L'intimé a diagnostiqué une atteinte du sciatique chez l'appelant alors qu'on sait maintenant qu'il s'agissait d'un cas de paraparésie résultant d'une contusion médullaire (à la moelle épinière). Le juge Morin énumère plusieurs facteurs à l'appui d'une absence de faute. Le 15 août, lorsque l'intimé a posé le diagnostic de sciatique, le rapport du radio-

19

20

21

22

23

made no mention of the fracture-luxation at T8-T9. The appellant did not complain to the respondent of any specific back pain. Even though the nurses took note of back pain, they testified that this meant that it was of a generalized nature. The appellant himself testified that from what he remembers of that time, he had back pain but of a tolerable nature. Morin J. found that it was not unreasonable to think that the appellant did not consider it important to mention it to the respondent. Even though the appellant's friend, Jocelyn Richard, did testify that the former complained to him of back pain, there was no indication that the respondent was witness to this. Moreover, the friend did not mention the complaints of back pain to any medical personnel. Richard also claims to have frequently seen the appellant with priapism (which would have been indicative of medullary trauma) but no nurse ever noticed this, and they testified that they would have taken note of such a state had they seen it. There is no evidence that the respondent knew of this condition. Finally, the state of the appellant's lower limbs made an adequate neurological exam very difficult.

24 For all of these reasons, Morin J. concluded that the respondent could not be reproached for not having diagnosed a medullary contusion rather than a sciatic condition. This conclusion is reinforced by the fact that many experts testified that the nature of the injuries suffered by the appellant was very unusual, which made diagnosis even more difficult.

25 Even though Morin J. found there to be no fault and therefore no civil liability, he canvassed the arguments regarding the causal link between the purported fault and the injury. He indicated that the respondent's experts' theory seemed more probable, but that even if it was not, the court found itself confronted by two opposing medical theories regarding causation among which it could not choose one against the other. He consequently found that the appellant had not discharged his burden to show causation and thus there was a second reason to dismiss the action.

logue dont il disposait ne faisait aucune mention de la fracture-luxation des D8 et D9. L'appelant ne s'est pas plaint à l'intimé de douleurs précises au dos. Même si les infirmières ont noté des douleurs au dos, elles ont témoigné qu'elles étaient de nature généralisée. L'appelant lui-même a témoigné que, d'après son souvenir, il avait des douleurs au dos, mais qu'elles étaient tolérables. Selon le juge Morin, il n'est pas déraisonnable de penser que l'appelant n'a pas jugé important d'en parler à l'intimé. Même si l'ami de l'appelant, Jocelyn Richard, a témoigné que l'appelant s'est plaint d'avoir mal au dos, rien n'indique que l'intimé a été témoin de ces plaintes. Par ailleurs, l'ami n'a pas informé le personnel médical de ces douleurs. M. Richard affirme également qu'il a souvent vu l'appelant atteint de priapisme (indice d'une atteinte médullaire possible) mais les infirmières n'ont jamais observé cet état et elles ont témoigné qu'elles en auraient pris note, si elles l'avaient constaté. Rien n'indique que l'intimé était au courant de cet état. Enfin, l'état des jambes de l'appelant rendait très difficile un examen neurologique adéquat.

Pour tous ces motifs, le juge Morin conclut qu'on ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir diagnostiqué une contusion médullaire au lieu d'une atteinte du sciatique. Cette conclusion est renforcée par le fait que de nombreux experts ont témoigné que la nature des blessures subies par l'appelant était très inhabituelle, ce qui rendait le diagnostic d'autant plus difficile.

Bien qu'il ait conclu à l'absence de faute et, de ce fait, à l'absence de responsabilité civile, le juge Morin examine les moyens touchant le lien de causalité entre la faute alléguée et les dommages. Le juge indique que la théorie des experts de l'intimé semble plus probable et que, même dans le cas contraire, le tribunal est en présence de deux théories médicales opposées concernant la causalité entre lesquelles il ne lui appartient pas de trancher. Il juge en conséquence que l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer la causalité et il déclare qu'il s'agit d'une seconde raison de rejeter l'action.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 1658

The Court of Appeal (Gendreau, Proulx and Rousseau-Houle JJ.A.) concluded that Morin J. had asked himself the wrong question in determining whether there was a fault. Morin J. had asked whether the respondent had committed a fault by not diagnosing the neurological deficit and the unstable fracture at the T8 and T9 vertebrae. The true question to be asked according to the Court of Appeal was whether the respondent [TRANSLATION] “had abided by the rules of art in the treatment of a seriously injured patient who has the potential, if not the probability, of having a back fracture” (p. 1662). This error on the part of the trial judge led him to apply the wrong standard in evaluating the conduct of the respondent and therefore permitted the Court of Appeal to make its own assessment as to fault.

The Court of Appeal found that in not following up on the suspected fracture at the T7 vertebra, in not doing more complete neurological exams, in not consulting the nurses’ notes alerting to the possibility of a neurological deficit, and in not ordering immobilization of the spinal column, the respondent did not behave like a prudent and diligent orthopaedic surgeon. The respondent had thus committed a fault.

On the issue of causation, the Court of Appeal corrected what it considered to be a mistaken approach by Morin J. The trial judge had refused to take sides in the experts’ dispute as to the cause of the neurological deficit, saying that it was not his role to judge between two opposed medical theories. The Court of Appeal found that such an approach to causation would unduly favour defendants in all cases where the establishment of the causal link depends on contradictory expert scientific evidence. Even if the scientific conclusions are not absolute or not incontestable, a judge must convert scientific conclusions to a legal conclusion since scientific causation is not the same as legal causation. The latter is established on the balance of probabilities based on all of the evidence.

B. *Cour d’appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 1658

La Cour d’appel (les juges Gendreau, Proulx et Rousseau-Houle) conclut que le juge Morin s’est posé la mauvaise question pour déterminer s’il y avait une faute. Le juge Morin s’est demandé si l’intimé avait commis une faute en ne diagnostiquant pas le déficit neurologique et la fracture instable aux vertèbres D8 et D9. Selon la Cour d’appel, la véritable question était de savoir si l’intimé « avait agi selon les règles de l’art dans la prise en charge d’un grand traumatisé qui a une potentialité, sinon une probabilité; de fracture dorsale » (p. 1662). Cette erreur du juge de première instance l’a amené à appliquer la mauvaise norme dans l’évaluation de la conduite de l’intimé, autorisant ainsi la Cour d’appel à procéder à sa propre évaluation de la faute.

La Cour d’appel déclare que, parce qu’il n’a pas fait de suivi sur la fracture soupçonnée à la vertèbre D7, n’a pas fait d’examens neurologiques plus complets, n’a pas pris connaissance des notes des infirmières qui l’alertaient de la possibilité d’un déficit neurologique et n’a pas ordonné l’immobilisation de la colonne vertébrale, l’intimé n’a pas agi comme un chirurgien orthopédiste prudent et diligent. L’intimé a donc commis une faute.

Sur la question de la causalité, la Cour d’appel rectifie ce qu’elle considère comme une démarche erronée de la part du juge Morin. Ce dernier a refusé de prendre parti dans le débat entre les experts sur la cause du déficit neurologique, disant qu’il ne lui appartenait pas en tant que juge de trancher entre deux théories médicales opposées. La Cour d’appel juge qu’une telle attitude à l’égard de la causalité risque de favoriser indûment le défendeur dans toutes les affaires où la démonstration du lien de causalité dépend d’une preuve fondée sur des expertises scientifiques contradictoires. Même si les conclusions scientifiques ne sont ni absolues ni incontestables, le juge doit convertir les conclusions scientifiques en conclusion juridique puisque la causalité scientifique n’est pas identique à la causalité en droit. Cette dernière doit être établie selon la prépondérance des probabilités sur le fondement de l’ensemble de la preuve.

26

27

28

29

The Court of Appeal rejected the appellant's claim for a reversal of the burden of proof. It said that there was enough evidence to maintain the traditional rule of the burden of proof. It specified that this rule should be set aside in only the most exceptional cases, such as the one where two defendants negligently fire in the same direction and at the same time, their delictual conduct eliminating any means of proof available to the plaintiff.

La Cour d'appel rejette la demande de l'appelant visant à renverser le fardeau de preuve. Elle dit qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour appliquer la règle traditionnelle du fardeau de preuve. Elle précise que cette règle ne devrait être écartée que dans les cas les plus exceptionnels, par exemple, lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu en même temps dans la même direction, et que leur conduite fautive élimine tout moyen de preuve pour le demandeur.

30

On the question of causation, the Court of Appeal concluded that the medullary injury was already complete on the evening of the accident and that the manifestations of that injury presented themselves gradually. It took note that even the appellant's principal experts did not exclude the hypothesis that a subluxation already occurred in the evening of August 11 and that this entailed a certain medullary contusion. Their only contention was that only external mobilization could account for the subluxation of T8. The Court of Appeal accepted the respondent's experts' evidence regarding the ligaments' rupture, compression, and MRI results to conclude that the medullary lesion was probably complete at the time of the accident. It acknowledged that an early immobilization resulting in a better recuperation was more than a simple possibility, but that this was not significant enough to give rise to civil liability given the extent of the initial harm caused.

Sur la question du lien de causalité, la Cour d'appel conclut que la lésion médullaire était déjà complète le soir de l'accident et qu'elle s'est manifestée graduellement. Elle remarque que les principaux experts de l'appelant n'écartent pas l'hypothèse que la subluxation ait déjà été amorcée le soir du 11 août et ait entraîné un certain degré de contusion médullaire. Leur seul argument était que seule une mobilisation externe pouvait expliquer la subluxation de la D8. La Cour d'appel accepte le témoignage des experts de l'intimé relativement à la rupture des ligaments, à la compression et aux résultats de l'examen IRM pour conclure que la lésion médullaire était probablement complète au moment de l'accident. Elle reconnaît qu'il y a plus qu'une simple possibilité qu'une immobilisation précoce aurait mené à une meilleure récupération, mais qu'elle n'est pas assez importante pour donner lieu à la responsabilité civile compte tenu de l'ampleur du préjudice initial causé.

V. Issues

V. Questions en litige

31

The questions raised by this appeal are the following:

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont les suivantes :

- (1) What is the standard of review of a lower court decision?
 - (a) Did the Court of Appeal properly intervene in the Superior Court decision?
 - (b) Is there a basis for this Court to intervene in the Court of Appeal decision?
- (2) Is there a reason to apply a presumption of causation in favour of the appellant?

- (1) Quelle est la norme de contrôle d'une décision judiciaire sous appel?
 - a) La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure?
 - b) Existe-t-il un fondement permettant à notre Cour d'intervenir dans l'arrêt de la Cour d'appel?
- (2) Y a-t-il lieu d'appliquer une présomption de causalité en faveur de l'appelant?

VI. Analysis

A. *Transitional Law*

The events in this case all took place before the coming into force of the new *Civil Code of Québec* in 1994. Sections 9 and 85 of *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* make it clear that the substantive law governing this case is that of the *Civil Code of Lower Canada*, more specifically art. 1053 of that Code. While questions of evidence such as presumptions are governed by the new code, there has been no break in the approach towards presumptions from the previous regime. The relevant provisions in the *Civil Code of Lower Canada* did not provide a definition and did not specify the kind of presumptions to be taken into account. However, the case law has always made those specifications and the new code has simply codified them in art. 2849 (see Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II, at p. 1783; J.-L. Baudouin and Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté* (3rd ed. 2000), vol. 2, at pp. 3355-58).

B. *Reviewing Lower Court Decisions*

Questions about the correct legal test are questions of law (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35). In the case at bar, the question of the correct inquiry or legal test in determining a delictual fault is a question of law.

An appellate court must review a lower court's judgment on questions of law to determine their correctness (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 189 (*a contrario*); *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 833; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 373 (*a contrario*); and *R. P. Kerans, Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 90).

Questions of fact are "questions about what actually took place between the parties" (*Southam, supra*, at para. 35). The question of whether the respondent did this or that is a question of fact, as is

VI. Analyse

A. *Le droit transitoire*

Les événements en l'espèce sont tous survenus avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994. Les articles 9 et 85 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* établissent clairement que le droit substantiel régissant le présent pourvoi est le *Code civil du Bas Canada*, plus particulièrement son art. 1053. Bien que des questions de preuve comme les présomptions soient régies par le nouveau code, il ne s'est pas produit de changement dans la façon d'aborder les présomptions par rapport à l'ancien régime. Les dispositions applicables du *Code civil du Bas Canada* ne contenaient pas de définition et ne précisaient pas le type de présomptions à prendre en compte. Cependant, c'est toujours la jurisprudence qui a fourni ces précisions et le nouveau code ne fait que les codifier à son art. 2849 (voir Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, p. 1783; J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté* (3^e éd. 2000), t. 2, p. 3355-3358).

B. *L'examen des décisions sous appel*

Les questions relatives à la norme juridique applicable sont des questions de droit (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). En l'espèce, la question de l'examen approprié ou de la norme juridique applicable à la détermination de la faute délictuelle est une question de droit.

Une cour d'appel doit examiner la justesse du jugement porté en appel sur les questions de droit (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 189 (*a contrario*); *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 833; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, p. 373 (*a contrario*), et *R. P. Kerans, Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 90).

Les questions de fait « portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties » (*Southam*, par. 35). La question de savoir si l'intimé a fait ceci ou cela est une question de fait, comme celle de savoir

32

33

34

35

the question of whether the accident or any lack of immobilization caused the appellant's state of paraparesis or hindered his recovery.

36

It is established law that an appellate court such as a provincial court of appeal should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error in the understanding of the evidence (see *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 46, where L'Heureux-Dubé J. cites the relevant cases going back to *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288). The rule is partly grounded in the recognition of the fact that the trial judge had the opportunity to observe the witnesses and hear the testimonies first-hand, and is therefore better able to assess the facts.

37

The principle of non-intervention on questions of fact is also applicable to a second appellate court such as this Court *vis-à-vis* a first appellate court (*Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537, at pp. 538-39; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635, at p. 638; *Dorval*, *supra*, at p. 294; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54, at pp. 63-64).

38

In *Demers*, *supra*, at pp. 538-39, Taschereau J. said:

For it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment on the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous. . . .

This statement was endorsed in *Pelletier*, *supra*, and both of these cases were discussed in *Dorval*, *supra*, where Fauteux J. examined the principle that must govern this Court's review of an appeal court's judgment on questions of fact once the latter has examined the facts and arrived at a conclusion after justifiably intervening in the trial judgment. He said, at p. 294:

si l'accident ou le défaut d'immobiliser a causé l'état de paraparesie de l'appelant ou entravé son rétablissement.

Il est établi en droit qu'une cour d'appel comme une cour d'appel provinciale ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante dans son interprétation de la preuve (voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 46, où le juge L'Heureux-Dubé cite les arrêts pertinents en remontant à *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, et à *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288). Cette règle est en partie fondée sur la reconnaissance du fait que le juge de première instance a eu l'occasion d'observer les témoins et de les entendre directement, et qu'il est en conséquence mieux placé pour apprécier les faits.

Le principe de non-intervention dans les questions de fait s'applique aussi à un second niveau d'appel, comme notre Cour par rapport à une première cour d'appel (*Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537, p. 538-539; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635, p. 638; *Dorval*, précité, p. 294; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54, p. 63-64).

Voici ce que dit le juge Taschereau dans *Demers*, p. 538-539 :

[TRADUCTION] Car c'est un principe juridique établi sur lequel nous nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné. . . .

L'arrêt *Pelletier* confirme cette affirmation et notre Cour analyse ces deux arrêts dans *Dorval*, précité, dans lequel le juge Fauteux examine le principe qui doit guider la Cour dans la révision du jugement d'une cour d'appel relativement à des questions de fait une fois que celle-ci a examiné les faits et tiré une conclusion après une intervention justifiée dans le jugement de première instance. Il dit, à la p. 294 :

[TRANSLATION] Thus, in order to intervene in this case, it would be necessary to be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with respect to the reason for its intervention or with respect to its assessment of the evidence in the record.

Fauteux J. said that he was not “clearly satisfied” that the Court of Appeal erred and therefore dismissed the appeal.

Similarly in *Scotsburn, supra*, this Court was asked to review the decision of a court of appeal where the latter justifiably intervened in the trial judgment. Dickson J. (as he then was) applied the rule in *Dorval, supra*, and held, at p. 64, that he was not “clearly satisfied” that there was an error by the Court of Appeal in its interpretation of the evidence.

In *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, even though this Court did disturb the findings of fact made by the Court of Appeal, it did so only after affirming the validity of the principle expressed in *Dorval, supra*, and finding that the Court of Appeal erroneously intervened in the trial judgment. This Court intervened for the purpose of restoring the trial decision, which simply confirms the general principle of appellate non-intervention.

A peculiarity of the case at bar is that the first trial judge, Rioux J., fell ill after hearing all the evidence and was consequently substituted by Morin J. The latter made his decision based on the evidence entered at trial. There is seemingly less of a basis for deference where the trial judge did exactly what the Court of Appeal and, by extension, this Court do to arrive at a decision. However, the Quebec Court of Appeal has upheld the principle of deference in cases similar to the one at bar where the judge of first instance is not the one who presided over the trial: *Cie de volailles Maxi Ltée v. Empire Cold Storage Co.*, [1995] Q.J. No. 731 (QL); *Cooke v. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765.

Even where observation of the witnesses and hearing the testimonies are not of any particular importance for the disposition of the case, the principle of non-intervention is still important since

Ainsi donc, pour intervenir dans cette cause, il faudrait être clairement satisfait que le jugement de la Cour d’appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier.

Le juge Fauteux n’était pas « clairement satisfait » que la Cour d’appel avait fait erreur et avait donc rejeté le pourvoi.

De même, dans *Scotsburn*, précité, la Cour examinait l’arrêt d’une cour d’appel dans un cas où celle-ci était justifiée d’intervenir dans le jugement de première instance. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) applique la règle formulée dans *Dorval*, précité, et statue, à la p. 64, qu’il n’est pas « nettement convaincu » que la Cour d’appel a commis une erreur dans son interprétation de la preuve.

Dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, la Cour modifie les conclusions de fait de la Cour d’appel, mais seulement après avoir confirmé la validité du principe exprimé dans *Dorval* et conclu que la Cour d’appel avait commis une erreur en intervenant dans le jugement de première instance. Notre Cour intervient pour rétablir le jugement de première instance, confirmant ainsi simplement le principe général de non-intervention en appel.

La particularité du présent pourvoi tient à ce que le premier juge en première instance, le juge Rioux, est tombé malade après avoir entendu toute la preuve et a été remplacé par le juge Morin. Ce dernier a rendu sa décision sur le fondement de la preuve déposée au procès. Il semble que la déférence requise soit moindre lorsque le juge de première instance a fait exactement ce que la Cour d’appel, et par extension notre Cour, fait pour arriver à une décision. Toutefois, la Cour d’appel du Québec a confirmé le principe de non-intervention dans des affaires similaires, dans lesquelles le juge qui rend la décision de première instance n’est pas celui qui a présidé le procès : *Cie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.*, [1995] A.Q. n° 731 (QL); *Cooke c. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765.

Même dans les cas où l’observation et l’audition des témoins ne sont pas particulièrement indispensables pour statuer, le principe de la non-intervention demeure important puisque le juge de première

39

40

41

42

the trial judge is entrusted with the task of making a decision based on the facts, and is presumed to have diligently discharged that duty. In *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, the British Columbia Court of Appeal justified its intervention on the basis that it was in as good a position to draw inferences from the expert evidence as was the trial judge since there was no issue of credibility. In this Court, McLachlin J. (as she then was), at p. 122, agreed that the principle of non-intervention does not apply with the same force where the credibility of witnesses is not in issue. However, she did observe that the weight to be assigned to the various pieces of evidence under our trial system is essentially the province of the trier of fact. More broadly it is correct to say that where a trial judge has been given the mandate to make a decision based on questions of fact, there is still a need for appellate judicial restraint given that the assessment of facts is the province of the trier of fact. Also, the autonomy and integrity of the trial process as well as resource allocation militate in favour of the finality of judgments (see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 32; T. S. Woods, "Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction" (1998), 56 *The Advocate* 61, at pp. 63 and 65-67; Kerans, *supra*, at pp. 10-16; and R. D. Gibbens, "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-47).

43 *Schwartz, supra*, brought an element of refinement to the established case law that a second appellate court should only disturb findings of fact if it is clearly satisfied that an error has occurred in the first appellate judgment. La Forest J. said, at para. 37:

In my view, nothing justifies a second appellate court in showing that kind of deference to the assessment of the balance of probabilities made by the first appellate court. If the second appellate court agrees that the trial judge made some kind of error that justifies intervention, it should be free to reconsider the evidence and substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal's if disagreement occurs.

instance est chargé de rendre une décision fondée sur les faits et qu'il est présumé s'être acquitté de cette obligation avec diligence. Dans *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique justifiait son intervention en disant qu'elle était aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer des conclusions à partir des témoignages d'experts lorsque la crédibilité n'était pas en cause. Pour notre Cour, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) reconnaît que le principe de non-intervention ne s'applique pas avec la même vigueur lorsque la crédibilité des témoins n'est pas en cause (p. 122). Elle fait remarquer toutefois qu'il appartient essentiellement au juge des faits de pondérer les différents éléments de preuve. De façon plus générale, il est juste de dire que lorsque le juge de première instance a le mandat de rendre une décision fondée sur des questions de fait, la retenue demeure nécessaire en appel puisque l'appréciation des faits appartient au juge des faits. Par ailleurs, l'autonomie et l'intégrité du procès de même que l'affectation des ressources militent en faveur de la reconnaissance du caractère définitif des décisions (voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32; T. S. Woods, « Overturning Findings of Fact on Appeal : A Justifiably Narrow Jurisdiction » (1998), 56 *The Advocate* 61, p. 63 et 65-67; Kerans, *op. cit.*, p. 10-16; et R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445, p. 445-447).

Schwartz apporte un élément de précision à la jurisprudence établie selon laquelle une deuxième cour d'appel ne devrait modifier des conclusions de fait que si elle est bien convaincue que le premier jugement d'appel comporte une erreur. Le juge La Forest dit, au par. 37 :

À mon avis, rien ne justifie que la seconde cour d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la prépondérance des probabilités par la première cour d'appel. Lorsqu'elle convient que le juge de première instance a commis une erreur qui justifie une intervention, la seconde cour d'appel devrait pouvoir réexaminer la preuve et substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d'appel en cas de désaccord.

Schwartz, supra, is a refinement on the previous case law in the sense that where the first appellate court reverses the trial judge on findings of fact related to credibility, this Court should not feel constrained in assessing the evidence on a balance of probabilities since the first appellate court was no better placed in assessing credibility, and this Court is faced with a trial level decision going in one direction and an appellate decision going in the opposite direction. This Court can in that context make its own assessments on questions of fact such as whether something has been established on a balance of probabilities.

In contrast, where there are concurrent findings of fact at the lower courts, this Court will be hesitant to intervene and disturb findings of fact. This Court has already said in *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574, that the principle of non-intervention “is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below” (emphasis added).

In either case, the second appellate court must be “clearly satisfied that [the judgment of the Court of Appeal] is erroneous” (*Dorval, supra*, at p. 294). I do not consider La Forest J.’s statement as being a departure from the previous case law on the role of second appellate courts on questions of fact. He cited some of the same cases as I have here (*Beaudoin-Daigneault, Demers, and Dorval*), and did not express any kind of opposition to that case law, not to mention any desire to overturn those cases. Despite the freedom with which this Court can reconsider the evidence and “substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal’s if disagreement occurs” (*Schwartz, supra*, at para. 37), that disagreement must nonetheless stem from a clear satisfaction that an error has occurred in the first appellate court’s assessment of the facts.

In the case at bar, the Court of Appeal did not really disturb the Superior Court’s findings on causation since it substantially agreed with the ultimate conclusion of Morin J. The Court of Appeal did intervene on the causation issue since Morin J.

Schwartz précise la jurisprudence antérieure en ce sens que, lorsque la première cour d’appel a infirmé les conclusions de fait du juge de première instance sur la crédibilité, notre Cour ne doit pas se sentir limitée dans l’appréciation de la preuve selon la prépondérance des probabilités puisque la première cour d’appel n’était pas mieux placée pour évaluer la crédibilité, et que notre Cour est en présence de deux décisions opposées, celle du juge de première instance et celle de la cour d’appel. Dans ce contexte, notre Cour peut procéder à sa propre appréciation des questions de fait, comme par exemple, de savoir si quelque chose a été établi suivant la prépondérance des probabilités.

Par contre, en cas de conclusions de fait concordantes des instances inférieures, la Cour hésitera à intervenir et à modifier les conclusions de fait. Dans *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 574, notre Cour a déjà affirmé que le principe de non-intervention « a d’autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d’instance inférieure » (je souligne).

Dans un cas comme dans l’autre, la seconde cour d’appel doit « être clairement satisfait[e] que le jugement de la Cour d’appel est erroné » (*Dorval, précité*, p. 294). À mon avis, l’énoncé du juge La Forest ne s’écarte pas de la jurisprudence antérieure sur le rôle de la seconde cour d’appel à l’égard des questions de fait. Le juge La Forest citait certains arrêts que je cite en l’espèce (*Beaudoin-Daigneault, Demers et Dorval*), et n’exprime aucune objection à leur égard, ni d’ailleurs aucun désir de renverser cette jurisprudence. Bien qu’il soit loisible à notre Cour de réexaminer la preuve et de « substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d’appel en cas de désaccord » (*Schwartz, précité*, par. 37), ce désaccord doit néanmoins résulter de la nette conviction qu’une erreur s’est produite dans l’appréciation des faits par la première cour.

En l’espèce, la Cour d’appel n’a pas véritablement modifié les conclusions de la Cour supérieure sur la causalité puisqu’elle était essentiellement d’accord avec la conclusion finale du juge Morin. La Cour d’appel est intervenue sur la causalité parce

44

45

46

47

had framed the legal analysis of causation in an erroneous manner, which I discuss in greater detail below. But after reassessing the evidence, the Court of Appeal came to the same conclusion as Morin J. that no causation was proven on the balance of probabilities. Thus, on the issue of causation, there is substantive agreement between the Superior Court and the Court of Appeal, which takes us away from the pattern described in *Schwartz, supra*, and brings us closer to the scenario in *Bear Island, supra*.

48 A question “about whether the facts satisfy the legal tests” is one of mixed law and fact. Stated differently, “whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact” (*Southam*, at para. 35).

49 Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. Such is the standard for medical negligence. There is no issue of expertise of a specialized tribunal in a particular field which may go to the determination of facts and be pertinent to defining an appropriate standard and thereby call for some measure of deference by a court of general appeal (*Southam, supra*, at para. 45; and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 647).

50 The inquiry to be made here is the traditional one. Was the Court of Appeal correct in intervening in the Superior Court’s decision because there was an error of law, an error of mixed law and fact, or an overriding and palpable error of fact? Do the appropriate bases present themselves for this Court to intervene in the Court of Appeal’s decision?

C. Errors of Law in the Reasons of the Superior Court

51 The Court of Appeal found two errors of law in the Superior Court judgment. First, it concluded

que le juge Morin avait présenté l’analyse juridique du lien de causalité d’une façon erronée, que j’examine plus en détails ci-après. Cependant, après une nouvelle appréciation de la preuve, la Cour d’appel est arrivée à la même conclusion que le juge Morin, savoir que la causalité n’avait pas été établie selon la prépondérance des probabilités. En conséquence, sur la question de la causalité, la Cour supérieure et la Cour d’appel sont largement d’accord, ce qui nous éloigne du scénario décrit dans *Schwartz*, et nous rapproche de celui de *Bear Island*.

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou, en d’autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d’appel. C’est la norme applicable à la négligence médicale. Il n’est pas question de l’expertise d’un tribunal spécialisé dans un domaine particulier, pouvant toucher la détermination des faits et avoir une incidence sur la définition de la norme appropriée et exiger de ce fait une certaine déférence de la part d’une cour générale d’appel (*Southam*, par. 45; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, p. 647).

Il faut procéder à un examen traditionnel. La Cour d’appel a-t-elle eu raison d’intervenir dans la décision de la Cour supérieure parce qu’il y avait une erreur de droit, une erreur mixte de droit et de fait ou une erreur manifeste et dominante de fait? Les justifications voulues sont-elles présentes pour l’intervention de notre Cour dans l’arrêt de la Cour d’appel?

C. Les erreurs de droit dans les motifs de la Cour supérieure

La Cour d’appel relève deux erreurs de droit dans le jugement de la Cour supérieure : la première

that Morin J. made a mistake in the analysis of fault. Second, it found that Morin J. made a mistake in the analysis of causation. I shall deal with these in turn.

The Court of Appeal said that Morin J. had asked the wrong question in determining whether a fault had been committed and thereby applied the wrong standard in evaluating the conduct of the respondent. According to the Court of Appeal, instead of asking whether the respondent was at fault in failing to diagnose or badly diagnosing the medullary contusion and the fracture-luxation at T8-T9, Morin J. should have asked whether the respondent acted according to the professional rules of art in the treatment of this patient. The Court of Appeal essentially said that the question to be answered should be cast in general terms according to the appropriate standard of conduct in the analysis of fault under Quebec civil law, rather than incorporating the specific facts of the case into the question.

The correct inquiry to be made in assessing whether a professional committed a fault is indeed to ask whether the defendant behaved as would a reasonably prudent and diligent fellow professional in the same circumstances (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at p. 850). To ask, as the principal question in the general inquiry, whether a specific positive act or an instance of omission constitutes a fault is to collapse the inquiry and may confuse the issue. What must be asked is whether that act or omission would be acceptable behaviour for a reasonably prudent and diligent professional in the same circumstances. The erroneous approach runs the risk of focussing on the result rather than the means. Professionals have an obligation of means, not an obligation of result.

In deciding that the wrong question had been asked, the Court of Appeal was concerned that a proper inquiry was not made and the wrong standard of fault was applied by the trial judge. This concern entitled the Court of Appeal to intervene. While it is not entirely clear that Morin J. was unaware of the appropriate inquiry to be made, his conclusion, at para. 78, that [TRANSLATION] “Dr. Mercier

dans l’analyse de la faute, la deuxième dans l’analyse de la causalité. Je les examine à tour de rôle.

Elle reproche au juge Morin de s’être posé la mauvaise question pour déterminer si une faute avait été commise et a donc appliqué la mauvaise norme dans son évaluation de la conduite de l’intimé. Selon la Cour d’appel, au lieu de se demander si l’intimé avait commis une faute en ne diagnostiquant pas ou en diagnostiquant mal la contusion médullaire et la fracture-luxation aux D8 et D9, le juge Morin aurait dû se demander si l’intimé avait agi selon les règles de l’art dans le traitement du patient. La Cour d’appel affirme essentiellement que la question à trancher devait être formulée en termes généraux selon la norme de conduite pertinente à l’analyse de la faute en droit civil du Québec, au lieu d’y intégrer les faits particuliers du litige.

Pour déterminer si un professionnel a commis une faute, il faut en effet se demander si le défendeur s’est comporté comme un autre professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5^e éd. 1998), p. 850). Se demander principalement, dans cet examen général, si un acte donné ou une omission constitue une faute est réducteur de l’analyse et risque de semer de la confusion. Ce qu’il faut se demander c’est si l’acte ou l’omission constituerait un comportement acceptable pour un professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La démarche erronée risque de mettre l’accent sur le résultat plutôt que sur les moyens. Le professionnel a une obligation de moyens et non de résultat.

En constatant que le juge de première instance s’était posé la mauvaise question, la Cour d’appel craignait qu’il n’ait pas procédé à l’analyse requise et qu’il ait appliqué la mauvaise norme de faute. Cette inquiétude justifiait l’intervention de la Cour d’appel. Quoiqu’on puisse douter que le juge Morin n’ait pas à l’esprit le critère juste, sa conclusion, au par. 78, qu’« on ne peut reprocher au D^r Mercier

52

53

54

cannot be faulted for failing to diagnose the medullary contusion his patient suffered . . . and having thought instead that he was suffering from sciatica on the right side” raises some doubt as to whether he was sufficiently focussed on a delictual analysis of means rather than one of result.

55

The Court of Appeal also faulted the decision by the trial judge for not taking a position on the scientific debate as to causation. Morin J. wrote, at para. 90:

[TRANSLATION] [T]he court concludes that it is not up to it to decide between the opposing medical theories it is finally presented with concerning the causal link between the defendants’ actions and the paraplegia the plaintiff is suffering from.

The trial judge must assess whether the evidence supports, on a balance of probabilities, a finding of causation. If this standard of proof is not met, the plaintiff has simply been unsuccessful in discharging his burden of proof. It is not enough to say that there are opposing medical theories on causation and that it is not up to the court to decide between them.

56

A trial judge must reach a legal conclusion based on the scientific evidence and other evidence presented. Not to come to a definitive conclusion on a balance of probabilities amounts to an undue advantage granted to the defendant, who might simply need to come up with a plausible but contrary scientific theory in order to negative the plaintiff’s claim. Such an approach is tantamount to an alteration of the standard of proof since the trial judge is no longer looking at which scientific theory is most probable. It is an error of law in the analysis of causation for a trial judge to conclude that he or she does not have the authority to make a final legal determination in the face of competing theories.

57

There is room for the principle of judicial neutrality in the analysis of fault. It is appropriate for the courts not to take a position when there are competing but recognized medical theories on what is competent professional practice or an appropriate diagnosis. In *Lapointe, supra*, at p. 363, L’Heureux-Dubé J. said that “a doctor will not be found liable

de n’avoir pas diagnostiqué l’atteinte médullaire dont souffrait son patient [. . .] et d’avoir plutôt cru que ce dernier souffrait d’une atteinte du sciatique droit » suscite interrogation quant à savoir si son analyse de la faute délictuelle était suffisamment axée sur les moyens plutôt que sur le résultat.

La Cour d’appel reproche aussi au premier juge de ne pas avoir pris position dans le débat scientifique sur la causalité. Le juge Morin écrit au par. 90 :

[L]e tribunal en vient à la conclusion qu’il se trouve finalement placé en présence de théories médicales opposées entre lesquelles il ne lui appartient pas de trancher concernant le lien de causalité entre les gestes posés par les défendeurs et la paraplégie affectant le demandeur.

Le juge de première instance doit déterminer si la preuve appuie, selon la prépondérance des probabilités, une constatation de causalité. S’il ne satisfait pas à cette norme de preuve, le demandeur n’aura tout simplement pas réussi à s’acquitter de son fardeau de preuve. Il ne suffit pas de dire qu’il existe des théories médicales opposées sur le lien de causalité et qu’il n’appartient pas au tribunal de trancher.

Le juge de première instance doit arriver à une conclusion juridique fondée sur la preuve scientifique et autre. Ne pas arriver à une conclusion finale selon la prépondérance des probabilités revient à conférer un avantage indu au défendeur qui pourrait simplement présenter une théorie scientifique contraire plausible pour réfuter les prétentions du demandeur. Cette approche comporte une modification de la norme de preuve puisque le juge de première instance évite d’examiner quelle est la théorie scientifique la plus probable. Dans l’analyse du lien de causalité c’est une erreur pour le juge de première instance de conclure qu’il ne lui appartient pas de rendre une décision finale en présence de théories opposées.

Le principe de la neutralité judiciaire a sa place dans l’analyse de la faute. Les tribunaux n’ont pas à prendre position entre des théories médicales divergentes mais reconnues touchant les pratiques professionnelles acceptables ou un diagnostic approprié. Dans *Lapointe*, précité, p. 363, le juge L’Heureux-Dubé affirme qu’« un médecin ne sera

if the diagnosis and treatment given to a patient correspond to those recognized by medical science at the time, even in the face of competing theories" (emphasis added). However, it is not appropriate to be similarly neutral on matters of causation and thereby refrain from determining whether causation has been established on the legal standard of balance of probabilities.

It was open to the Court of Appeal to be concerned that the trial judge had erred in this manner and accordingly to undertake its own analysis of causation. There is no reason for this Court to question that intervention. At issue are the Court of Appeal's findings as to fault and causation. I will now turn to these.

D. *Fault*

The Court of Appeal identified four principal faults committed by the respondent: not verifying with the radiologist the fracture at T7 and not ensuring that there were no other fractures in the spinal column; not asking for more complete neurological tests; not taking cognizance of the nurses' notes indicating a neurological deficit; and not ordering the immobilization of the spinal column. Because of all these failings, it was possible to conclude that the respondent did not behave as a prudent and diligent orthopaedist would in similar circumstances.

As I discussed above, findings of fault in the law of delict are questions of mixed law and fact. They are the application of a legal concept onto a set of facts. The standard to be applied in this instance of a question of mixed law and fact is one of correctness. It is open to this Court to vary the findings of fault of the Court of Appeal if it judges that these were done erroneously.

The Court of Appeal, at p. 1664, identified as a fault the omission by the respondent to verify with the radiologist the possible fracture at T7 and to assure himself that there were no other fractures, given the violence of the impact during the accident:

[TRANSLATION] Dr. Mercier's presumption concerning the relative importance of the fracture at T7 did not exempt him from examining, after the first emergency

pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées » (je souligne). Cependant, on ne doit pas invoquer la neutralité sur des questions de causalité et s'abstenir ainsi de déterminer si le lien de causalité est établi selon la norme juridique de la prépondérance des probabilités.

Il était loisible à la Cour d'appel de craindre que le juge de première instance ait fait cette erreur et de procéder à sa propre analyse de la causalité. Notre Cour n'a aucune raison de reprocher cette intervention. Sont en cause les conclusions de la Cour d'appel sur la faute et la causalité, questions que j'aborde maintenant.

D. *La faute*

La Cour d'appel a relevé quatre fautes principales de la part de l'intimé : ne pas avoir vérifié auprès du radiologue la possibilité d'une fracture à la D7 et l'absence d'autres fractures à la colonne vertébrale; ne pas avoir demandé d'examen neurologiques plus complets; ne pas avoir pris connaissance des notes des infirmières qui indiquaient un déficit neurologique; et ne pas avoir ordonné l'immobilisation de la colonne vertébrale. En raison de toutes ces omissions, il était possible de conclure que l'intimé n'avait pas agi comme un orthopédiste prudent et diligent aurait agi dans des circonstances semblables.

Je le répète, en droit de la responsabilité civile délictuelle, l'imputation de la faute est une question mixte de droit et de fait, soit l'application d'un concept juridique à un ensemble de faits. La norme applicable en l'espèce à la question de fait et de droit est celle de la justesse. Il appartient à notre Cour, si elle les juge erronées, de modifier les conclusions de la Cour d'appel sur la faute.

La Cour d'appel retient comme faute le défaut de l'intimé de vérifier auprès du radiologue la possibilité d'une fracture à la D7 et de s'assurer qu'il n'y avait pas d'autres fractures, vu la violence de l'impact lors de l'accident (à la p. 1664) :

La présomption qu'entretenait le D^r Mercier quant à l'importance relative de la fracture à la vertèbre D7 ne le dispensait pas d'examiner, après la première opération

58

59

60

61

operation, the appellant's neurological state in order to verify the injury at T7 and to ensure that there were no other spinal column fractures, given the violence of the impact during the accident.

There are two elements to this finding of fault: the suspicion about a fracture at T7 and the violence of the impact. The majority of the expert opinion concluded that there was no fracture at T7 but rather a benign anomaly. In any case, at the time of diagnosis by Dr. Couture and the respondent, there was only a suspicion of a fracture at T7. The Court of Appeal undoubtedly meant this implicitly as it reproached the respondent not for being ignorant of the fracture at T7 (there was none to be discovered), but rather, for not inquiring further, so long as there was a remaining doubt, into the possibility of a fracture at T7 or elsewhere, given the extreme violence of the accident.

62 The fault of the respondent lies in making neither further examinations of the spine based on the suspected fracture at T7 nor neurological examinations. Even though it was generally accepted among the experts that there was no fracture at T7, the suspicion of a fracture at one level should have motivated the respondent to ensure that there were no fractures at any other level, and to ensure that there was no other injury in the back. By his own testimony, the respondent was concerned about T7 even after the second operation, and expressed that concern by asking the appellant about back pain, though by that time he could no longer move his toes.

63 There can be no reproach against the respondent for not verifying the fracture at T7 with the radiologist. As far as T7 itself was concerned, the respondent had exercised his professional judgement and decided that whatever fracture there may be at that level, it was stable.

64 However, the suspected fracture at T7 together with the violence of the impact, as well as the consequent concern of the respondent about back pain later on, should have led the respondent to examine more fully the state of the spine once the urgent first operation was done. Further investigation would have permitted him to discover the true

d'urgence, l'état neurologique de l'appellant afin de vérifier la lésion détectée à D7 et de s'assurer que d'autres fractures à la colonne ne s'étaient pas produites vu la violence de l'impact lors de l'accident.

Cette imputation de faute comporte deux éléments : le soupçon d'une fracture à la D7 et la violence de l'impact. La majorité des experts concluent qu'il n'y avait pas de fracture à la D7, mais plutôt une anomalie bénigne. Quoiqu'il en soit, au moment du diagnostic du Dr Couture et de l'intimé, il n'existait qu'un soupçon quant à l'existence d'une fracture à la D7. C'est sans aucun doute ce que la Cour d'appel dit implicitement lorsqu'elle reproche à l'intimé non pas de ne pas avoir découvert la fracture à la D7 (il n'y en avait pas à découvrir), mais plutôt de ne pas avoir examiné davantage, tant que le doute subsistait, la possibilité d'une fracture à la D7 ou ailleurs, compte tenu de la violence extrême de l'accident.

La faute de l'intimé tient à ce qu'il n'a pas fait d'autres examens de la colonne en raison de la possibilité de fracture à la D7 ni d'examen neurologiques. Même si les experts étaient généralement d'accord qu'il n'y avait pas de fracture à la D7, la possibilité de fracture à un niveau aurait dû inciter l'intimé à s'assurer de l'absence de fracture à un autre niveau ou d'autres lésions au dos. L'intimé a lui-même témoigné qu'il avait des inquiétudes au sujet de la D7 même après la deuxième opération, et les avait manifestées en demandant à l'appellant s'il avait des douleurs au dos. À ce moment, cependant, l'appellant ne pouvait plus bouger les orteils.

On ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir vérifié auprès du radiologue l'existence d'une fracture à la D7. À l'égard de la D7 elle-même, l'intimé a exercé son jugement professionnel et conclu que toute fracture susceptible d'exister à ce niveau était stable.

Cependant, compte tenu de la fracture soupçonnée à la D7 et de la violence de l'impact, ainsi que de son inquiétude ultérieure quant aux douleurs dorsales, l'intimé aurait dû faire un examen plus poussé de l'état de la colonne après la première opération d'urgence. L'examen lui aurait permis de découvrir la véritable fracture à la D8. La faute tient au défaut

fracture at T8. The fault lies in not conducting the requisite neurological tests, and not examining the back properly with the available tests such as more localized x-rays and scans. The respondent admitted at trial that these tests were available on August 11, and so they clearly could have been done after the first operation. Dr. Bouvier for the appellant testified that there is a general need upon admission to the emergency ward to do tests frequently to assess whether there is deterioration or amelioration. Both Dr. Lévesque and Dr. Drouin, also for the appellant, testified that neurological tests were possible despite the limitations posed by the injuries to the lower limbs. While these experts said that the exams could have been done upon admission, which was contested by the respondent's experts, Dr. Jodoin and Dr. Séguin, they certainly could have been done after the first operation, once the appellant's injuries in the lower limbs were stabilized. Dr. Charlebois for the respondent did say that he would have inquired into the patient's ability to withstand further tests, and would have required more specific information before conducting further tests. The respondent's other experts did not contest the possibility for doing more localized x-rays and scans, but said that there was no indication to the respondent for the need to do them. For the reasons mentioned above, I find no error in the Court of Appeal's concluding that a reasonably prudent and diligent orthopaedic surgeon would have done them.

The Court of Appeal considered it a fault for the respondent not to take cognizance of the nurses' notes made after the second operation. These notes indicated a neurological deficit as well as back pain. However, it is difficult to see this as a fault given that the respondent personally checked to see how the appellant was recovering after the second operation and asked specifically about back pain. There is no reason to find a fault on this point.

The Court of Appeal found the lack of immobilization to be a fault. It did not make clear whether this fault was contingent on the first fault. I cannot

de procéder aux examens neurologiques requis et d'examiner le dos correctement avec les moyens disponibles, comme des radiographies ou scanographies plus localisées. Au procès, l'intimé a admis que ces examens étaient disponibles le 11 août et qu'ils auraient donc clairement pu l'être après la première opération. Le D^r Bouvier, témoin de l'appelant, a déclaré qu'il est généralement nécessaire, après l'admission au service des urgences, de faire des examens fréquents pour évaluer la détérioration ou l'amélioration de l'état. Les D^{rs} Lévesque et Drouin, également témoins de l'appelant, ont témoigné que ces examens neurologiques étaient possibles malgré les restrictions imposées par les blessures aux membres inférieurs. Ces experts sont d'avis que les examens en question auraient pu être faits dès l'admission de l'appelant au service des urgences, ce que contestent les experts de l'intimé, les D^{rs} Jodoin et Séguin, mais ils auraient certainement pu être faits après la première opération, une fois stabilisées les blessures de l'appelant aux membres inférieurs. Le D^r Charlebois, témoin de l'intimé, affirme qu'il aurait vérifié la capacité du patient de subir d'autres examens et aurait exigé des renseignements plus précis avant d'en faire d'autres. Les autres experts de l'intimé ne contestent pas que l'on pouvait faire des radiographies et scanographies plus localisées, mais précisent que rien n'indiquait à l'intimé qu'il fallait les faire. Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant qu'un chirurgien orthopédiste raisonnablement prudent et diligent les aurait faites.

La Cour d'appel estime que l'intimé a commis une faute en ne prenant pas connaissance des notes des infirmières inscrites après la deuxième opération. Ces notes indiquent l'existence d'un déficit neurologique et de douleurs au dos. Cependant, il est difficile d'y voir une faute puisque l'intimé a personnellement vérifié l'état de l'appelant après la deuxième opération et lui a expressément demandé s'il avait des douleurs au dos. Il n'y a aucune raison de conclure à une faute sur ce point.

La Cour d'appel conclut que le défaut d'immobiliser est une faute. Elle ne dit pas clairement si cette faute est liée à la première. Je ne vois pas comment

see how it could be otherwise. Obviously, if T7 was considered to be stable and there was no reason to suspect any other fracture, there was no reason to immobilize. It is only upon learning or at least being suspicious that there is an unstable fracture that there would be a reason to immobilize. I do consider that a lack of immobilization, more specifically the second operation, could be a fault, but only in conjunction with the first fault of not making further inquiries.

67 As for the particulars of that fault of not immobilizing, the Court of Appeal reproached the respondent for not making an immobilization order. However, the testimony of two nurses was quite explicit to the effect that there is immobilization in cases such as these until an explicit order for mobilization is given. This is corroborated by the fact that the respondent made a mobilization order on August 14, after the second operation.

68 On the other hand, there is documentary evidence in the hospital record stating that the respondent had been turned over several times, was rubbed in the back, and was given a bath in bed between August 12 and 13. The appellant's expert, Dr. Bouvier, considered this to be an example of wrongful mobilization.

69 There was thus evidence for the Court of Appeal to conclude as it did on this point. There is no reason for this Court to disturb that conclusion.

70 The Court of Appeal found the use of a stretcher in carrying the appellant to the operating room to be a fault. It made this finding on the basis of nurse Couture's note that said that the patient was moved on a "civière" (stretcher) for the second operation on August 14.

71 Nurse Couture testified at trial that she found it odd that she should have written such a thing since the normal practice was to take orthopaedic patients in their own beds, especially when there is a traction device on the patient, as was the case here. She said that it normally never happens that such a patient is taken on a stretcher. The respondent testified

il pourrait en être autrement. De toute évidence, si la D7 était considérée comme stable et qu'il n'y avait aucune raison de soupçonner l'existence d'une autre fracture, il n'y avait aucune raison d'immobiliser. C'est seulement en apprenant ou soupçonnant l'existence d'une fracture instable qu'il y a raison de procéder à l'immobilisation. Je suis d'avis que le défaut d'immobiliser, tout particulièrement la deuxième opération, pourrait constituer une faute, mais seulement en liaison avec la première faute de l'intimé de ne pas avoir procédé à des examens plus poussés.

Quant aux détails de la faute liée au défaut d'immobiliser, la Cour d'appel reproche à l'intimé de ne pas avoir ordonné l'immobilisation. Cependant, deux infirmières expliquent précisément qu'il y a immobilisation dans des cas comme celui-ci jusqu'à ce que la mobilisation soit expressément ordonnée. Cela est corroboré par le fait que l'intimé a ordonné la mobilisation le 14 août après la deuxième opération.

Par contre, la preuve documentaire aux dossiers de l'hôpital révèle que l'intimé a été tourné à plusieurs reprises, a été frictionné au dos et a eu des bains au lit entre les 12 et 13 août. L'expert de l'appelant, le D^r Bouvier, considère que ce sont des exemples de mobilisation fautive.

La conclusion de la Cour d'appel à cet égard trouve appui dans la preuve. Il n'y a pas matière à intervenir.

La Cour d'appel conclut que l'utilisation d'une civière pour transporter l'appelant à la salle d'opération constitue une faute. Elle se fonde sur la note de l'infirmière Couture qui indique que le patient a été transporté sur une « civière » pour la deuxième opération du 14 août.

Au procès, l'infirmière Couture témoigne de sa surprise quant à cette entrée puisque la pratique habituelle est de transporter les patients d'orthopédie dans leur lit, surtout lorsqu'ils sont munis d'un appareil à traction, comme c'était le cas. Un tel patient n'est habituellement jamais transporté sur une civière. L'intimé témoigne que tous les malades

that all patients in traction on whom he has operated are brought to the operating room in their beds. Dr. Jodoin, expert for the respondent, insisted that it is impossible that a stretcher was used instead of bringing the appellant into the operating room in his own bed since he was attached to a traction device. This device with its pulley mechanism is fixed to the bed with the result that a patient is never put on a stretcher when traction is needed. Dr. Jodoin said that he was [TRANSLATION] “morally certain” that the appellant was not put on a stretcher to be taken to the operating room.

It was open to the Court of Appeal to rely on nurse Couture’s written note regarding use of the stretcher, even though the author of that note as well as other medical professionals cast serious doubt about its accuracy.

The second operation conducted on August 14 is an instance of a lack of immobilization. The respondent admitted at trial that the second operation was not urgent. Carrying it out without making the appropriate examinations to ensure adequate stability was clearly a fault. There was a need to ensure prior stability through appropriate examinations because the operation, with its attendant curarization resulting in the neutralization of the muscular support around the spine, posed an unacceptable danger to the stability of the spine. The respondent did not behave as a reasonably prudent and diligent orthopaedic surgeon, and thereby committed a fault.

E. *Causation*

The Court of Appeal concluded, at p. 1669, that, notwithstanding the faults committed by the respondent, the accident was the legal cause of the injury suffered by the appellant resulting in paraparesis,

[TRANSLATION] While an early immobilization and a diminution of the oedema in the spinal cord are more than mere possibilities with regard to a better recovery of the neurological deficit, they are not significant enough, given the magnitude of the initial damage caused by the accident, to hold Dr. Mercier liable in part.

en traction qu’il opère sont transportés dans leur lit à la salle d’opération. Le D^r Jodoin, expert de l’intimé, affirme qu’il est impossible que l’appelant ait été transporté à la salle d’opération sur une civière et non sur son lit vu qu’il était attaché à un appareil à traction. Cet appareil avec son mécanisme de poulie est fixé au lit, de sorte que le patient n’est jamais placé sur une civière lorsqu’une traction est nécessaire. Le D^r Jodoin affirme qu’il est « moralement certain » que l’appelant n’a pas été mis sur une civière pour aller à la salle d’opération.

Il était loisible à la Cour d’appel de se fier à la note écrite de l’infirmière Couture relativement à l’utilisation de la civière, même si l’auteur de la note ainsi que d’autres professionnels de la santé jettent de sérieux doutes sur son exactitude.

La deuxième opération effectuée le 14 août est un cas de manque d’immobilisation. L’intimé a admis au procès que la deuxième opération n’était pas urgente. Procéder à l’opération sans avoir fait les examens appropriés pour assurer une stabilité adéquate est clairement une faute. Il fallait au préalable s’assurer de la stabilité par des examens appropriés car l’opération, accompagnée de curarisation entraînant la neutralisation du support musculaire autour de la colonne, présentait un risque inacceptable pour la stabilité de la colonne. L’intimé n’a pas agi comme un chirurgien orthopédiste raisonnablement prudent et diligent et a en conséquence commis une faute.

E. *La causalité*

La Cour d’appel conclut que, malgré les fautes commises par l’intimé, l’accident était la cause juridique des blessures qui ont abouti à la paraparesie de l’appelant (à la p. 1669) :

Si l’immobilisation précoce et la diminution de l’œdème dans la moelle demeurent plus que de simples possibilités quant à une meilleure récupération du déficit neurologique, elles ne sont pas assez significatives, compte tenu de l’ampleur du préjudice initial causé par l’accident, pour faire supporter au D^r Mercier une part de responsabilité.

72

73

74

It canvassed the principal points of the expert evidence and reached a conclusion. This conclusion was amply supportable by the evidence. I am not clearly satisfied that there was an error in the Court of Appeal's findings of fact as to causation that would permit me to intervene in the latter's decision.

75

The general theory of the appellant's experts is that the injury took place due to hospital mobilization that related principally to the second operation. The appellant's toes were moving after the first operation, but were not after the second. It is argued that the paraparesis is due to an absence of adequate immobilization of the appellant. According to these experts, it was the faulty treatment that aggravated the injury caused by the accident. Immobilization would have decompressed the spinal cord. According to Dr. Bouvier, the paraparesis is due to the displacement of the vertebrae caused by the mobilization of the appellant, such as the back rub given between the first and second operations, the turning over of the appellant, the giving of baths in bed, the transfer from bed to stretcher before the second operation, and the second operation itself. Dr. Guimond ascribed greatest probability of injury to the second operation. He specified that the curarization of the second operation had the effect of relaxing the back muscles, which resulted in a lack of support for the spine. It was this instability that caused the vertebral displacement at T8-T9 to go from 3 millimetres ascertained upon arrival to 8 or 9 millimetres discovered a month later. Dr. Guimond acknowledged that some neurological deficit to the lower limbs may have been caused by the accident, but asserted that the deficit was not complete. He attributed 25 percent of the injury to the accident, the remainder to the respondent's fault of not properly immobilizing the appellant. The appellant's experts pointed to the spinal compression shown on the myelogram and MRI as proof that the hospital mobilizations caused the harm.

76

The general theory of the respondent's experts is that the violence of the accident was so great that there was a fracture-luxation at T8-T9 of 8 or 9

La Cour d'appel a examiné les points principaux des témoignages d'experts et a tiré une conclusion. La preuve étaye amplement cette conclusion. Je ne suis pas bien convaincu que les conclusions de fait de la Cour d'appel quant au lien de causalité comportent une erreur qui me justifierait d'intervenir dans sa décision.

La théorie générale des experts de l'appellant est que le préjudice résulte des mobilisations hospitalières tenant principalement à la deuxième opération. L'appellant pouvait bouger les orteils après la première opération, mais pas après la deuxième. On a fait valoir que la paraparesie est attribuable à l'absence d'immobilisation adéquate de l'appellant. Selon ces experts, c'est le traitement fautif qui a aggravé la blessure causée par l'accident. L'immobilisation aurait permis de décompresser la moelle. Selon le D^r Bouvier, la paraparesie est attribuable à la luxation des vertèbres causée par les mobilisations de l'appellant — les frictions au dos entre la première et la deuxième opération, les rotations dans son lit, les bains au lit, le transfert du lit à la civière avant la deuxième opération, et la deuxième opération elle-même. Le D^r Guimond attribue à la deuxième opération la plus forte probabilité de préjudice. Il précise que la curarisation pendant la deuxième opération a eu pour effet de relaxer les muscles du dos, entraînant ainsi un manque de support pour la colonne vertébrale. Cette instabilité a causé le déplacement vertébral aux D8 et D9 qui est passé de 3 millimètres, selon l'évaluation faite à l'arrivée à l'hôpital, aux 8 ou 9 millimètres découverts un mois plus tard. Le D^r Guimond reconnaît qu'un certain déficit neurologique aux membres inférieurs a pu être causé par l'accident, mais affirme que le déficit n'était pas complet. Il fixe à 25 p. 100 la part du préjudice attribuable à l'accident, imputant le reste à la faute à l'intimé pour n'avoir pas immobilisé correctement l'appellant. Les experts de l'appellant indiquent que la compression médullaire visible sur la myélographie et l'IRM est la preuve que les mobilisations à l'hôpital ont causé le préjudice.

La théorie générale des experts de l'intimé est que l'accident a été d'une telle violence qu'il a causé au niveau des vertèbres D8 et D9 une

millimetres, which was spontaneously reduced by virtue of elastic recoil to 3 millimetres. The vertebrae assumed their normal position because these bone structures are linked not only by ligaments but also muscles that are all around the spinal column. The initial displacement caused a contusion to the spinal cord, setting off a chain of physiological phenomena that caused irreversible damage to the spinal cord. A contusion is an injury produced by an instantaneous blunt force. The spinal column ultimately stabilized at the 8 or 9 millimetre mark which it had reached at the peak of the impact. Dr. Jodoin observed in support of the recoil theory that nothing other than a violent impact making the spinal column stretch could have caused the ligaments to tear. Given the violence of the impact, the subsequent movements in the hospital had a negligible effect on an injury that was definitive and final in its amplitude, leaving no room for recuperation. In support of this conclusion, the respondent's experts drew a distinction between primary and secondary compression, saying that the tests only show the latter, which indicates that the harm was caused by a contusion rather than a compression.

The uncontested facts are that there was a massive shearing between the thoracic vertebrae upon impact, causing fractures to a vertebra and a rib, and causing all but one of the surrounding ligaments to tear. The one ligament that did not tear was attached to a rib that did fracture, such was the violence of the impact. Experts for both the appellant and respondent acknowledged the tearing of the ligaments. Dr. Milette for the appellant stated in his report at p. 9:

[TRANSLATION] Several vertebral ligaments were probably partially or completely torn at T8-T9, including the posterior ligamentary complex. Certain costo-vertebral ligaments resisted, and a fracture occurred at the origin of the ninth rib on the left side and probably on the right side.

Dr. Milette also stated numerous times in his testimony that the ligaments were torn: [TRANSLATION] "all those ligaments were torn"; "that means tearing of many structures which, normally, are very

fracture-luxation de 8 ou 9 millimètres, qui s'est réduite spontanément à 3 millimètres par rétraction élastique. Les vertèbres ont repris leur place parce que ces structures osseuses sont reliées non seulement par des ligaments mais aussi par des muscles situés tout autour de la colonne vertébrale. La luxation initiale a entraîné une contusion à la moelle épinière, déclenchant ainsi une série de phénomènes physiologiques qui ont causé des dommages irréversibles à la moelle. Une contusion est une blessure produite par un coup violent et soudain. La colonne s'est finalement stabilisée à une mesure de 8 ou 9 millimètres, atteinte au plus fort de l'impact. À l'appui de la théorie de la rétraction élastique, le D^r Jodoin fait remarquer que seul un impact violent distendant la colonne vertébrale aurait pu causer le déchirement des ligaments. Étant donné la violence de l'impact, les mouvements ultérieurs à l'hôpital ont eu un effet négligeable sur une blessure qui était définitive dans son ampleur, sans possibilité de guérison. À l'appui de cette conclusion, les experts de l'intimé font une distinction entre les compressions primaires et secondaires et précisent que les examens ne révèlent qu'une compression secondaire, indication que le préjudice a été causé par une contusion et non par une compression.

Les faits non contestés sont les suivants : l'impact a provoqué un cisaillement massif entre les vertèbres dorsales, qui a causé des fractures à une vertèbre et à une côte ainsi que le déchirement de tous les ligaments l'entourant, à l'exception d'un seul. Le ligament non déchiré était attaché à une côte qui, elle, a été fracturée sous la violence de l'impact. Les experts de l'appellant et de l'intimé ont fait état de la déchirure des ligaments. Le D^r Milette, pour l'appellant, affirme à la p. 9 de son rapport :

Plusieurs ligaments vertébraux ont vraisemblablement été partiellement ou complètement déchirés à l'étage D8-D9, y compris le complexe ligamentaire postérieur. Certains ligaments costo-vertébraux ont résisté, et une fracture s'est produite à l'origine de la neuvième côte du côté gauche et probablement du côté droit.

Le D^r Milette répète également à maintes reprises dans son témoignage que les ligaments étaient déchirés : « tous ces ligaments-là ont été déchirés »; « ça implique des déchirures de beaucoup

solid”; “the violence causes the tearing, causes the fractures and the torn ligaments . . .”. This assessment was confirmed by both Dr. Jodoin and Dr. Charlebois, the latter saying in his testimony that [TRANSLATION] “the subsequent displacement shows that there was in fact a rupture of all those ligaments and we see that among other things on the tomography, the scan, that was subsequently carried out . . .”.

78

The Court of Appeal ultimately gave its sanction to the respondent’s experts’ theory that it was at the point and moment of impact that there occurred a medullary contusion, which set in motion the chain of physiological phenomena such as swelling, intramedullary oedema, ischemia by compression, and destruction of nerve cells, all of which would lead to the subsequent paraparesis. There then occurred a recoil, hence explaining the mere 3 millimetre subluxation of T8 upon admission to the hospital, which was universally considered to be within normal range. The later subluxation of 8 to 9 millimetres was simply a return to the state of the spine as it existed immediately upon impact. This happened because the ligaments started healing in their elongated form. The fact that the toes were moving on August 12 but were not moving on August 14 after the second operation was merely a delayed manifestation of the injury that occurred at the time of the accident.

79

The appellant’s experts have no alternative explanation for the torn ligaments. The fact that the ligaments were torn lends much credence to the respondent’s theory that there was a violent extension and recoil action of the spine. Nothing less than this would have caused such tough ligaments to tear. This in turn supports the view that the sudden displacement of the vertebrae caused a contusion to the spinal cord, setting in motion the destructive phenomena that resulted in paraparesis.

80

As part of their general contestation of the respondent’s experts’ theory that all the damage was done upon impact, the appellant’s experts provide a contrary affirmation on three points in support of their own theory that any injury from the accident could have been contained and reversed

de structures qui, normalement, sont très solides »; « la violence cause la déchirure, cause les fractures et les déchirures de ligaments ». Cette évaluation est confirmée par les D^{rs} Jodoin et Charlebois, ce dernier indiquant dans son témoignage que « le déplacement subséquent nous démontre qu’il y a eu effectivement rupture de tous ces ligaments-là et on retrouve ça entre autres sur la tomodensitométrie, le scan, qui a été faite par la suite ».

En fin de compte, la Cour d’appel souscrit à la théorie des experts de l’intimé selon laquelle c’est à l’endroit et au moment de l’impact que s’est produite la contusion médullaire qui a déclenché une série de phénomènes physiologiques — enflure, œdème intramédullaire, ischémie par compression et destruction de neurones — qui ont abouti à la paraparésie subséquente. Il s’est ensuite produit une rétractation, ce qui explique la présence à l’arrivée à l’hôpital d’une subluxation de 3 millimètres seulement à la D8, qui est universellement considérée comme un écart normal. La subluxation ultérieure de 8 à 9 millimètres était simplement un retour à l’état de la colonne immédiatement après l’impact. Cela s’est produit parce que les ligaments ont commencé à se cicatriser en elongation. Le fait que les orteils bougeaient le 12 août mais pas le 14 août après la deuxième opération est simplement la manifestation tardive de la blessure subie au moment de l’accident.

Les experts de l’appellant n’ont fourni aucune autre explication pour le déchirement des ligaments. Ce déchirement donne beaucoup de crédibilité à la théorie de l’intimé qu’il y a eu extension et rétractation violentes de la colonne. Rien d’autre n’aurait pu causer le déchirement de ligaments aussi solides. Cela appuie à son tour l’opinion que le déplacement soudain des vertèbres a causé une contusion à la moelle épinière, déclenchant ainsi les phénomènes destructeurs qui ont abouti à la paraparésie.

Dans le cadre de leur contestation générale de la théorie des experts de l’intimé selon laquelle l’impact est à l’origine de tous les dommages, les experts de l’appellant expriment une opinion contraire sur trois points à l’appui de leur propre théorie que toute blessure subie dans l’accident

without much lasting adverse effect. The first and most significant point is the extent of the immobilization in the hospital. The second is the significance to be assigned to compression of the spinal cord as shown in the tests. The third is the significance to be assigned to spinal shock and the ostensible lack of it in this case.

The appellant alleges that inadequate immobilization, as evidenced by the back rub, the baths, the turning over, and the second operation and attendant curarization, was the cause of the harm he suffered. The evidence shows that there was no explicit order for the immobilization of the appellant. However, nurse Plante testified that immobilization of patients such as the appellant is done as a matter of course due to the extent of the injuries suffered until an order of mobilization is given. This appears to have occurred given that an express order for the progressive mobilization of the patient was made after the second operation. Nurse Couture testified that patients in intensive care are moved by at least two people, and care is taken to use a pillow between the legs to guard against torsion. Hospital records indicate that this was the care taken even after the mobilization order was given. There is no reason to suspect that it was otherwise before the order was given. The respondent testified that when the appellant was transferred onto the operating table, he was moved *en bloc* with at least four people. Thus, even if we accept that the appellant was first moved onto a "civière" and then onto the operating table, it was done with minimal possibility of torsion.

As for the second operation itself, an orthopaedic operating table was used which was described as having a post in the centre that immobilized the appellant's back during the operation. While curarization would have weakened the muscular support around the spine, the care taken in transporting the patient to and from the operation and the immobilization of his back on the operating table left little or no possibility of its having any harmful effect.

aurait pu être contrôlée et guérie sans effet préjudiciable durable. Le premier point, et le plus important, est le degré de l'immobilisation à l'hôpital. Le deuxième est l'importance à attribuer à la compression de la moelle épinière que révèlent les examens. Le troisième est l'importance à attribuer à un choc spinal et à son absence apparente en l'espèce.

L'appellant fait valoir que l'immobilisation inadéquate, que démontrent les frictions au dos, les bains, les rotations et la deuxième opération accompagnée de curarisation, est la cause du préjudice qu'il a subi. La preuve révèle qu'aucun ordre exprès n'a été donné d'immobiliser l'appellant. Toutefois, l'infirmière Plante a témoigné que la pratique habituelle est d'immobiliser les patients comme l'appellant en raison de l'étendue des blessures, jusqu'à ce que soit ordonnée la mobilisation. C'est ce qui semble s'être produit puisqu'on a ordonné explicitement la mobilisation progressive du patient après la deuxième opération. L'infirmière Couture a dit dans son témoignage que les patients aux soins intensifs sont déplacés par au moins deux personnes et que l'on prend soin de leur placer un oreiller entre les jambes pour empêcher toute torsion. Selon le dossier d'hospitalisation, ce sont les mesures qui ont été appliquées même après l'ordre de mobilisation. Il n'y a aucune raison de soupçonner qu'il en a été autrement avant que l'ordre ait été donné. Selon le témoignage de l'intimé, lorsque l'appellant a été transféré sur la table d'opération, il a été soulevé en bloc par au moins quatre personnes. En conséquence, même si nous acceptons que l'appellant a tout d'abord été placé sur une « civière » et ensuite sur la table d'opération, cela a été fait avec un risque minimal de torsion.

La deuxième opération a eu lieu sur une table orthopédique décrite comme ayant un poteau au centre servant à immobiliser le dos du patient pendant l'opération. Si la curarisation a affaibli le support musculaire autour de la colonne, le soin pris dans le transport du patient avant et après l'opération, et l'immobilisation de son dos sur la table d'opération, auraient largement ou totalement éliminé la possibilité d'effet préjudiciable.

81

82

83

The respondent testified that after the operation, the appellant would have been moved in the same way as he was prior to the operation, namely *en bloc*. While the respondent's testimony about how the appellant was moved before and after the operation, and how the appellant was placed on the orthopaedic table during the operation, was introduced under reserve of an objection to its admissibility as descriptive of general practice rather than specific recollection, it is of lesser probative value but nevertheless useful in assessing probability. It is properly admissible.

84

The appellant was indeed allowed to move after the second operation. However, even the appellant's experts limit the cause of the paraparesis to movements up to the second operation and immediately after (i.e. the transfer from the operating table to the "civière" and then back to the bed), but not the progressive mobilization subsequent to the second operation. Dr. Bouvier explicitly admitted that he had no indication that aggravation took place after the second operation.

85

The appellant's experts argued that it was the hospital movements that caused the subluxation of 8 or 9 millimetres. As Dr. Jodoin for the respondent testified, the relative impact of the accident in contrast to the hospital movements would be a ratio of 100:1. Given that it takes a violent trauma for the spinal ligaments to tear, and given that they were in fact torn in this case, it is hard to believe that the accident caused a mere 3 millimetre displacement but the hospital movements caused an 8 or 9 millimetre displacement. The Court of Appeal was entitled to weigh the evidence and conclude that the harm caused by the accident was so great and definitive in its effect that any lack of immobilization was not significant enough to impinge upon a better recovery. Even though there obviously was some mobilization of the appellant between the first and second operations, this was minimal in light of the general level of immobilization and the precautions taken.

86

A significant part of the evidence, and a major point of contention between the experts as to its

Selon le témoignage de l'intimé, après l'opération, l'appellant aurait été déplacé de la même façon qu'avant l'opération, c'est-à-dire en bloc. Bien que le témoignage de l'intimé sur la façon dont l'appellant a été déplacé avant et après l'opération et placé sur la table orthopédique pendant l'opération ait donné lieu, avant d'être admis, à une objection sur son admissibilité parce qu'il s'agissait de la description d'une pratique générale et non d'un souvenir précis, et qu'il ait ainsi une valeur probante moindre, ce témoignage est néanmoins utile dans l'évaluation de la probabilité. Il est à bon droit admissible.

On a effectivement autorisé l'appellant à bouger après la deuxième opération. Cependant, même les experts de l'appellant limitent la cause de la parapésie aux mobilisations faites jusqu'à la deuxième opération et immédiatement après (c.-à-d. le transfert de la table d'opération à la « civière » puis au lit), mais pas à la mobilisation progressive qui a suivi la deuxième opération. Le D^r Bouvier admet expressément que rien n'indique d'aggravation après la deuxième opération.

Les experts de l'appellant soutiennent que ce sont les mouvements faits à l'hôpital qui ont causé la subluxation de 8 ou 9 millimètres. Comme l'affirme le D^r Jodoin pour l'intimé, l'impact relatif de l'accident par rapport aux mouvements faits à l'hôpital représenterait un ratio de 100 contre un. Puisqu'il faut un choc violent pour causer le déchirement des ligaments spinaux et que c'est ce qui s'est passé en l'espèce, il est difficile de croire que l'accident a causé un simple déplacement de 3 millimètres mais que les mobilisations de l'hôpital en auraient causé un de 8 ou 9 millimètres. La Cour d'appel était fondée à évaluer la preuve et à conclure que le préjudice causé par l'accident était si grave et définitif dans son effet que tout défaut d'immobilisation n'était pas suffisant pour empêcher un meilleur rétablissement. Même s'il y a eu, de toute évidence, une certaine mobilisation de l'appellant entre la première et la deuxième opération, elle a été minimale compte tenu du niveau général d'immobilisation et des précautions prises.

Une partie importante de la preuve, et un point de divergence majeur entre les experts quant à sa

diagnostic value, concerned the existence of spinal cord compression as shown by the myelogram and MRI. Compression here means the pathological and sustained vertebral pressure on the spinal cord. It was accepted by both groups of experts that compression can cause paraparesis and that evidence of compression would be an indication that hospital movements had caused damage. The respondent's experts added the caveat that it is only direct compression that would be such an indication, whereas indirect or secondary compression would mean that there was another cause for the medullary damage, namely contusion to the spinal cord with the consequent damaging physiological phenomena.

The appellant's experts, Dr. Lévesque and Dr. Drouin, pointed to the compression depicted by the tests as an indication that the hospital movements had caused damage. Dr. Laroche and Dr. Séguin, experts for the respondent, distinguished between a direct and an indirect compression of the spinal cord. Dr. Laroche said that while the dural sac that contains the spinal cord was compressed, the spinal cord itself was not. In other words, there was no direct compression, only a secondary compression. Dr. Séguin said that secondary compression was brought on by the oedema, swelling of the spinal cord, and destruction of the nerve cells.

There is one slight error committed by the Court of Appeal in understanding the expert evidence, but this does not bear in any way on the result that it ultimately arrived at. The Court of Appeal says that Dr. Séguin stated that if there was a medullary compression caused by the subluxation of the already fractured and unstable vertebrae, this compression would have been visible on the myelogram even 5 to 6 weeks after the hospitalization.

What Dr. Séguin actually said was that if there was a direct compression caused by the accident, there would have been a residual appearance of it in the myelogram. However, what he said is as true about compression caused by the lack of immobilization as it is about compression caused by the accident. In other words, if there had been direct

valeur diagnostique, concerne l'existence de la compression médullaire révélée au myélogramme et l'IRM. Compression s'entend ici d'une pression vertébrale pathologique prolongée sur la moelle épinière. Les deux groupes d'experts ont reconnu que la compression peut causer la paraparésie et que la preuve d'une compression serait une indication que les mouvements à l'hôpital ont causé un préjudice. Les experts de l'intimé ajoutent la réserve que seule une compression directe indiquerait cela, alors qu'une compression indirecte ou secondaire signifierait qu'il existe une autre cause de l'atteinte médullaire, soit une contusion à la moelle épinière accompagnée des phénomènes physiologiques préjudiciables qui en résultent.

Selon les experts de l'appelant, les D^{rs} Lévesque et Drouin, la compression révélée par les examens indique que les mouvements faits à l'hôpital ont été préjudiciables. Les D^{rs} Laroche et Séguin, experts de l'intimé, font une distinction entre une compression directe et indirecte de la moelle épinière. Selon le D^r Laroche, bien qu'il y ait eu compression du sac dural contenant la moelle épinière, la moelle elle-même n'a pas été comprimée. En d'autres termes, il n'y a pas eu de compression directe, seulement une compression secondaire. Le D^r Séguin explique que l'œdème, le gonflement de la moelle épinière et la destruction des cellules nerveuses ont entraîné la compression secondaire.

Dans son interprétation des témoignages d'experts, la Cour d'appel a commis une erreur mineure qui n'influe d'aucune façon sur le résultat auquel elle parvient. Elle dit que le D^r Séguin a déclaré que si la compression médullaire avait été causée par la subluxation des vertèbres déjà fracturées et instables, cette compression aurait été apparente à la myélographie même 5 ou 6 semaines après l'hospitalisation.

En réalité, le D^r Séguin dit que s'il y avait eu une compression directe causée par l'accident, il y en aurait eu une trace résiduelle sur le myélogramme. Toutefois, cela vaut autant pour la compression causée par le défaut d'immobilisation que pour la compression causée par l'accident. En d'autres termes, s'il y avait eu compression directe de la

87

88

89

compression of the spinal cord itself, regardless of the cause, it would have appeared on the myelogram.

90 The Court of Appeal was entitled to accord more weight to Dr. Séguin's interpretation of the myelogram and Dr. Bélanger's and Dr. Charlebois's interpretations of the MRI, and come to the conclusion that there was a contusion to the spinal cord at impact but not a compression brought on by subsequent hospital mobilization. Both Dr. Séguin and Dr. Laroche were quite detailed at trial in their explanations of how the dye in the myelogram still managed to flow through the suspected point of compression, thus indicating that there was no direct compression. The contusion to the spine, which was an instantaneous blow to the tissue by the vertebral structure, was the injury that sparked the physiological chain reaction that ultimately resulted in paraparesis.

91 There was much discussion before this Court about the spinal shock syndrome. Neither the Superior Court nor the Court of Appeal discussed this. The appellant's position is that both lower courts failed to appreciate the significance of the absence of spinal shock in this case.

92 The appellant asserted that spinal shock is a syndrome that is recognized in medicine and that manifests itself in cases where there has been a major trauma to the spinal cord, even when this trauma leads only to partial disability in terms of mobility, and that spinal shock manifests itself by the observable lack of mobility and sensitivity on the part of the patient.

93 The appellant's expert, Dr. Guimond, stated that, as a rule, serious trauma to the spine is usually accompanied by spinal shock, where the patient is rendered completely immobile for a temporary period after the traumatic incident. The appellant argued that since no deduction of a state of temporary immobility could be made from the hospital record, there was no spinal shock. Since there was no spinal shock, the neurological damage had not been irreversibly caused at the moment of the car accident.

moelle épinière, indépendamment de sa cause, elle aurait été apparente sur le myélogramme.

La Cour d'appel était en droit d'accorder plus de poids à l'interprétation du myélogramme par le D^r Séguin et à celle de l'IRM par les D^{rs} Bélanger et Charlebois et de conclure qu'il s'était produit une contusion médullaire au moment de l'impact, et non pas une compression résultant des mobilisations ultérieures à l'hôpital. Au procès, les D^{rs} Séguin et Laroche ont fourni des explications très détaillées sur la façon dont le colorant utilisé dans la myélographie s'était quand même infiltré à l'endroit de la compression soupçonnée, ce qui indiquait qu'il n'existait pas de compression directe. La contusion médullaire, causée par un coup soudain au tissu par la structure vertébrale, est la blessure qui a déclenché les réactions physiologiques caténaïres qui ont finalement entraîné la parapésie.

On a beaucoup débattu du syndrome du choc spinal devant notre Cour. Ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont examiné ce point. L'appelant soutient que ces deux cours n'ont pas saisi l'importance de l'absence de choc spinal en l'espèce.

L'appelant affirme que le choc spinal est un syndrome reconnu en médecine qui se manifeste en cas de traumatisme majeur à la colonne vertébrale même lorsque ce traumatisme ne donne lieu qu'à une invalidité partielle en termes de mobilité, et que ce choc spinal se traduit par l'absence observable de mobilité et de sensibilité chez le patient.

L'expert de l'appelant, le D^r Guimond, affirme qu'en règle générale, un traumatisme grave à la colonne est habituellement accompagné d'un choc spinal qui rend le patient totalement immobile de façon temporaire. Selon l'appelant, comme le dossier médical ne permet pas de conclure à l'existence d'un état d'immobilité temporaire, il n'y a pas eu de choc spinal. Comme il n'y a pas eu de choc spinal, le dommage neurologique n'a pas été causé de façon irrémédiable au moment de l'accident.

Counsel for the respondent argued that the absence of spinal shock was not inconsistent with a severe but partial medullary lesion causing paraparesis. The expert evidence, notably that of Dr. Jodoin and Dr. Séguin which remained uncontradicted in this respect, supports the respondent's position.

The significance, if any, of the absence of spinal shock is a matter of fact which has to be appreciated in the context of all of the evidence. Despite the cogent argument advanced by the appellant on this issue, the evidence relating to spinal shock is inconclusive, and does not justify overlooking all the evidence that points in the other direction.

There was ample evidence that all of the damage suffered was caused by the accident and that there was no aggravation or independent damage caused by the faults of the respondent. The profusely bleeding and life-threatening open wounds on the legs, the fractures at the T8 vertebra and the ninth rib, the tearing of all but one of the ligaments attaching the vertebral column to the ribs, the bleeding head wounds and brain concussion, and the partial memory loss all speak to the extreme violence of the appellant being hit by a car travelling at 90 km/h. It is also important to keep in mind that the appellant was an Olympic-level wrestler whose muscular structure was exceptionally strong, as evidenced by the infliction of an extremely unusual injury rather than a complete and fatal fracture of the spine.

Most of the appellant's experts conceded that the accident did cause at least some harm. Dr. Guimond considered the second operation as the most probable cause of the vertebral subluxation since the appellant's toes were still moving after the first operation. Dr. Guimond and the appellant's other experts did not consider the progressive mobilization permitted after the second operation to be a causal factor. Dr. Guimond apportioned the causation as 25 percent due to the accident and 75 percent due to the respondent's faults because the toes were moving upon arrival and there was no spinal shock. Dr. Bouvier also considered the turning over

L'avocat de l'intimé prétend que l'absence de choc spinal n'est pas incompatible avec l'existence d'une lésion médullaire grave mais partielle causant la paraparésie. Les témoignages d'experts, notamment les D^{rs} Jodoin et Séguin, n'ont pas été contredits sur ce point et appuient la position de l'intimé.

L'importance, s'il en est, de l'absence de choc spinal est une question de fait qui doit être appréciée à la lumière de l'ensemble de la preuve. Malgré l'argument bien structuré de l'appelant sur ce point, la preuve relative au choc spinal n'est pas concluante et ne permet pas de faire abstraction de l'ensemble de la preuve qui appuie la position contraire.

Il y avait une preuve importante indiquant que tout le préjudice subi avait été causé par l'accident et que les fautes de l'intimé n'avaient causé aucune aggravation ni aucun préjudice indépendant. Les blessures ouvertes aux deux jambes, qui saignaient abondamment et mettaient la vie de l'appelant en danger, les fractures à la vertèbre D8 et à la neuvième côte, le déchirement de tous les ligaments, sauf un, attachant la colonne vertébrale aux côtes, les blessures saignantes à la tête et la commotion cérébrale, ainsi que l'amnésie partielle traduisent tous la violence extrême de l'impact lorsque l'appelant a été heurté par une voiture roulant à 90 km/h. Il est aussi important de rappeler que l'appelant, qui était un lutteur de niveau olympique, avait une structure musculaire exceptionnellement forte, comme le prouve la blessure extrêmement inhabituelle qu'il a subie au lieu d'une fracture fatale et complète de la colonne.

La plupart des experts de l'appelant ont reconnu que l'accident a causé au moins un certain préjudice. Le D^r Guimond considère la deuxième opération comme la cause la plus probable de la subluxation vertébrale puisque les orteils de l'appelant bougeaient encore après la première opération. Le D^r Guimond et les autres experts de l'appelant ne considèrent pas la mobilisation progressive autorisée après la deuxième opération comme un facteur de causalité. Le D^r Guimond répartit la causalité entre l'accident pour 25 p. 100 et pour 75 p. 100 les fautes de l'intimé parce que les orteils de l'appelant bougeaient à son arrivée à l'hôpital et qu'il n'y avait

94

95

96

97

of the appellant, and the rubbing and baths given to the appellant between the two operations as causal elements of the paraparesis. However, to do so he relied on the respondent's written note upon the appellant's arrival in emergency that the neurovascular exam was all right, despite the fact that the respondent testified that "neurovasc" was simply a shorthand manner of saying "vascular". The limited neurological examination cannot be taken to mean that there was no neurological problem until the second operation. Dr. Guimond did not justify his apportionment of causation. It is inconsistent with the fact that the accident was far more violent than the subsequent movements during the hospitalization, more specifically the second operation.

98

Causation here is a question of fact. There seems to be some confusion as to whether this element in the analysis of civil liability is a question of fact or a question of mixed law and fact. Baudouin and Deslauriers, *supra*, at p. 348, observe that the Quebec Court of Appeal has a tendency to characterize the issue as one of fact and leaves the determination to the sovereign appreciation of the trial judge. However, they also say that this Court in *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570, considered the matter to be a question of law. While there is nothing explicit to that effect in *Morin*, *supra*, Beetz J. did seem to be aware of the need to justify intervention since he said, at p. 578, that "the determination of a causal relation between one or more facts evincing fault and the damage presupposes a choice, an appraisal and a characterization of the facts". He then cited *Hébert v. Lamothe*, [1974] S.C.R. 1181, as an example of how "this Court did not hesitate to intervene and divide the liability between the two drivers". The issue was one of the points of contention between the majority judgment and the dissenting opinion of Ritchie and de Grandpré JJ., where de Grandpré J. said, at p. 574, that he found nothing "clearly erroneous" in the judgment of the Court of Appeal, citing *Dorval*, *supra*, as well as *Pelletier*, *supra*, where this Court held that it could only intervene in the judgment of the Court of Appeal on questions of inference (whether the defendant's

pas eu de choc spinal. Le D^r Bouvier considère également que le fait d'avoir tourné l'appellant dans son lit et celui de l'avoir frictionné et baigné entre les deux opérations étaient des éléments de causalité de la parapésie. Cependant, pour arriver à cette conclusion, il se fie aux notes consignées par l'intimé lors de l'admission de l'appellant à l'urgence, selon lesquelles l'examen neurovasculaire était satisfaisant, alors que l'intimé a témoigné que « neurovasc » était seulement une façon abrégée d'écrire « vasculaire ». On ne peut conclure de cet examen neurologique limité qu'il n'existait pas de problème neurologique jusqu'à la deuxième opération. Le D^r Guimond n'a pas justifié sa répartition de la causalité. Elle est incompatible avec le fait que l'accident a été beaucoup plus violent que les mouvements faits ultérieurement au cours de l'hospitalisation, plus précisément la deuxième opération.

La causalité en l'espèce est une question de fait. Il semble exister une certaine confusion quant à savoir si cet élément de l'analyse de la responsabilité civile est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 348, font remarquer que la Cour d'appel du Québec a tendance à la qualifier de question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge de première instance. Cependant ils disent aussi que notre Cour, dans *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, a considéré qu'il s'agissait d'une question de droit. Bien qu'il n'y ait rien d'explicite en ce sens dans *Morin*, le juge Beetz paraît conscient de la nécessité de justifier une intervention quand il affirme, à la p. 578, que : « la détermination d'un rapport de causalité entre un ou plusieurs faits fautifs et le dommage suppose une sélection, une appréciation et une qualification des faits prouvés ». Il cite ensuite *Hébert c. Lamothe*, [1974] R.C.S. 1181, pour illustrer que « cette Cour n'a pas hésité à intervenir et à partager la responsabilité entre les deux conducteurs ». Cette question était un des points de désaccord entre les juges majoritaires et les juges Ritchie et de Grandpré dissidents; le juge de Grandpré était d'avis (à la p. 574) qu'il n'y avait rien de « clairement erroné » dans le jugement de la Cour d'appel, citant à l'appui *Dorval*, précité, et *Pelletier*, précité, dans lesquels notre Cour a jugé ne pouvoir intervenir dans

employee was in the performance of his duties) if it was clearly satisfied that an error had occurred.

It is important to note that this Court in *Morin*, *supra*, sought to correct an approach by the Quebec Court of Appeal where the latter “appeared to see no choice except between two mutually exclusive hypotheses, namely respondent’s fault or appellant’s fault” (p. 578). The Court also laid down a legal principle for a particular circumstance in which a presumption of causation can be made (pp. 579-80).

The Quebec Court of Appeal in *Bonenfant v. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225, at p. 227, cited *Morin*, *supra*, as authority for the proposition that it can intervene on a question of causation since it is an issue [TRANSLATION] “where the facts and the law intersect, a question of characterization”. I have stated above the peculiarity of the *Morin* judgment.

V. Karim, *Commentaires sur les obligations* (1997), vol. 1, at p. 271, supports this characterization of causation as a question of mixed law and fact. He says that the intervention of an appellate court is justified when

[TRANSLATION] the trier of fact does not give reasons for his or her decision in justifying the application of the law to the facts. The same applies when the trial court’s decision does not conform to the evidence adduced, or its conclusions as to the existence of causation cannot be reconciled with the established facts.

It is true that the reasons Karim lists are grounds for intervention by an appellate court. However, not giving reasons for a decision, not making the decision conform to the proven facts, and not having conclusions that are reconcilable with the established facts have nothing to do with the nature of the causation inquiry *per se*. They are general grounds for appellate intervention.

The confusion on this issue perhaps stems from an inability to distinguish between cause in the pure physical sense and cause as it is cognizable in

le jugement de la Cour d’appel que relativement à des inférences (déterminer si l’employé du défendeur était dans l’exercice de ses fonctions) si elle était clairement convaincue qu’il y avait eu une erreur.

Il importe de signaler que, dans *Morin*, la Cour cherchait à rectifier la démarche suivie par la Cour d’appel du Québec qui ne « par[aisait] voir de choix qu’entre deux hypothèses mutuellement exclusives l’une de l’autre, la faute de l’intimé ou bien la faute de l’appelant » (p. 578). La Cour a aussi formulé un principe juridique pour un cas précis dans lequel on peut présumer un rapport de causalité (p. 579-580).

Dans *Bonenfant c. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225, p. 227, la Cour d’appel du Québec cite *Morin* pour étayer la proposition selon laquelle elle peut intervenir sur la question de la causalité puisque c’est une question « où se recoupent les faits et le droit, une question de qualification ». J’ai déjà parlé de la particularité de l’arrêt *Morin*.

V. Karim, dans *Commentaires sur les obligations* (1997), vol. 1, p. 271, appuie la qualification du lien de causalité comme question de droit et de fait et dit qu’une cour d’appel est justifiée d’intervenir lorsque

le juge du fond ne motive pas sa décision en justifiant l’application de la règle de droit aux faits. Il en est de même lorsque la décision de la Cour de première instance n’est pas conforme à la preuve qui a été faite, ou que ses conclusions quant à l’existence du lien de causalité sont inconciliables avec les faits établis.

Il est vrai que les motifs énumérés par Karim sont des motifs d’intervention d’une cour d’appel. Cependant, le fait pour un juge de ne pas motiver une décision, de ne pas rendre une décision conforme à la preuve ou de tirer des conclusions inconciliables avec les faits établis n’a rien à voir avec la nature propre de l’examen de la causalité. Ce sont des motifs généraux d’intervention en appel.

La confusion qui entoure cette question découle peut-être d’une difficulté à distinguer la causalité au sens purement physique et la causalité susceptible

99

100

101

102

103

law. The latter is a question of law only insofar as we are looking at facts through the lens of the law. However, the inconsequentiality of this observation is made obvious by the truth that everything in judicial decision making is looked at through the lens of the law. This does not make everything a question of law. For example, even questions of pure fact like whether a person was present in a certain place, or whether a person committed a certain act are determined according to the probability of that being so (or according to certainty beyond a reasonable doubt in the criminal domain). This use of the legal rule of evidence of proof on a balance of probabilities to ascertain facts does not transform the question of fact into one of law.

104 In the determination of fault one applies norms of behaviour required by law to a set of facts. This obviously makes the question one of mixed law and fact. In contrast, in the determination of causation one is inquiring into whether something happened between the fault and the damage suffered so as to link the two. That link must be legally significant in an evidentiary sense, but it is rendered no less a question of fact.

105 The difficulty on this point may also arise from the fact that the analysis of causation sometimes depends on presumptions that can be drawn. However, as indicated by the legislator in the *Civil Code of Québec* in making "Presumptions" a chapter in the title on proof, and as L'Heureux-Dubé J. discussed in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, these too are means of proof and so are properly within the realm of fact.

106 I am not clearly satisfied that the Court of Appeal committed an error in its interpretation of the evidence and its conclusion that given the initial harm caused by the accident, no causation can be attributed to the respondent's faults. The court found that while an early immobilization and a diminution of the oedema in the spinal cord offered chances of recuperation that were more than simple

d'être reconnue en droit. Cette dernière est une question de droit seulement dans la mesure où les faits sont examinés selon leur portée juridique. Cependant, la banalité de cette observation est évidente car, dans les instances judiciaires, tout est examiné selon la portée juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est une question de droit. Par exemple, même des questions purement factuelles, comme celles de savoir si une personne était présente à un certain endroit ou celles de savoir si une personne a commis un acte donné, sont tranchées suivant les probabilités (ou suivant une certitude hors de tout doute raisonnable en matière pénale). L'utilisation de la règle juridique de la prépondérance des probabilités dans l'appréciation des faits ne transforme pas la question de fait en une question de droit.

L'attribution d'une faute comporte l'application à un ensemble de faits des normes de comportement prescrites par des règles de droit. Cela en fait évidemment une question mixte de droit et de fait. Par contre, dans la détermination de la causalité, on examine si quelque chose s'est produit entre la faute et le préjudice subi qui puisse établir un lien entre les deux. Ce lien doit être juridiquement important au niveau de la preuve, mais il ne s'agit pas moins d'une question de fait.

La difficulté à cet égard peut aussi découler du fait que l'analyse de la causalité se fonde parfois sur des présomptions. Cependant, comme le législateur l'indique dans le *Code civil du Québec* en leur réservant un chapitre intitulé « De la présomption » dans le titre consacré à la preuve, et comme le fait ressortir le juge L'Heureux-Dubé dans *Québec (Curateur public)*, précité, par. 47, les présomptions sont des moyens de preuve parmi d'autres et relèvent à bon droit du domaine des faits.

Je ne suis pas bien convaincu que la Cour d'appel a commis une erreur dans l'interprétation de la preuve et en concluant que, compte tenu du préjudice initial causé par l'accident, la causalité ne peut être attachée aux fautes de l'intimé. La Cour d'appel conclut qu'une immobilisation précoce et une diminution de l'œdème dans la moelle épinière offraient des chances de rétablissement qui étaient plus que

possibilities, these were not significant enough given the magnitude of the initial harm caused by the accident. The court here touched upon the likelihood of the treatment preventing recuperation. It concluded that the treatment administered by the respondent did not cause the harm suffered. By saying [TRANSLATION] “more than simple possibilities” and [TRANSLATION] “not significant enough”, the Court of Appeal basically found the likelihood of an early immobilization leading to recuperation to be somewhere on the spectrum in between the poles of possibility and probability: greater than the realm of what is merely possible but still not enough to meet the threshold of probability. The initial harm of the accident simply outweighed any kind of effect the faulty treatment might have had, to the point where it cannot be said on a probabilistic basis that the faulty treatment had any causal effect. It is worth repeating the traditional principle set out in *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at pp. 608-9, where I found that causation must be established on a balance of probabilities and that the loss of a mere chance cannot be a compensable harm. Accordingly, the chances of recuperation in this case were not significant enough on a balance of probabilities to establish that the faulty treatment caused the harm suffered.

F. *Presumptions and Burden of Proof*

The appellant strenuously argued for a presumption of causation and a reversal of the burden of proof in this case. He posited that since the respondent created a risk and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created, there should be either a reversal of the burden of proof or a presumption of causation. He also argued that he was deprived of some important means of proof because more tests were not done, and therefore there should be a reversal of the burden of proof onto the respondent to show that his fault did not cause the damage.

There are two concepts here that must be disentangled. First, there is the evidentiary tool of presumptions. Second, there is an allocation of

de simples possibilités, mais qu'elles n'étaient pas suffisamment importantes compte tenu de l'ampleur du préjudice initial causé par l'accident. La Cour d'appel touchait là la question de la probabilité que le traitement ait empêché le rétablissement. Elle conclut que le traitement prescrit par l'intimé n'a pas causé le préjudice subi. En utilisant les expressions « plus que de simples possibilités » et « pas assez significatives », la Cour d'appel conclut fondamentalement que la notion qu'une immobilisation précoce aurait permis un rétablissement se situait quelque part dans la gamme allant de la possibilité à la probabilité : la notion dépassait le domaine du simplement possible, mais n'atteignait pas le seuil de la probabilité. Le préjudice initial de l'accident l'emporte simplement sur tout effet que les soins fautifs auraient pu avoir, au point qu'on ne peut pas dire sur la base des probabilités que le traitement fautif a eu un effet causal. Il y a lieu de répéter le principe traditionnel formulé dans *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 608-609, où je conclus que la causalité doit être établie selon la prépondérance des probabilités et que la perte d'une simple chance ne peut constituer un préjudice indemnisable. En conséquence, les chances de rétablissement en l'espèce n'étaient pas, selon la prépondérance des probabilités, suffisamment importantes pour établir que le traitement fautif avait causé le préjudice subi.

F. *Présomptions et fardeau de preuve*

L'appellant plaide qu'il y a lieu à une présomption de causalité et un renversement du fardeau de la preuve en l'espèce. Il soutient que, puisque l'intimé a créé un risque et que le préjudice est survenu ultérieurement dans le cadre du risque créé, il devrait y avoir renversement du fardeau de la preuve ou application d'une présomption de causalité. Il avance aussi qu'il a été privé de certains moyens de preuve importants puisqu'il n'y a pas eu plus d'exams et qu'en conséquence, il y a lieu de renverser le fardeau de la preuve de façon que l'intimé soit obligé de démontrer que sa faute n'a pas causé le préjudice.

Il y a là deux concepts à distinguer : premièrement, le moyen de preuve que sont les présomptions et, deuxièmement, l'imputation de responsabilité

liability on defendants where there is an impossibility in proving causation between the specific fault and the damage. I will deal with these in turn.

109

The law of presumptions in the case at bar has its source in arts. 2846, 2847 and 2849 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), as well as arts. 1238 and 1242 of the *Civil Code of Lower Canada*. Since the law of presumptions has to do with proof, the new articles are applicable to this pre-C.C.Q. case by virtue of s. 9 of *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*. As mentioned above, there has been no change in the law on this matter in the transition from the old code to the new one, except that the C.C.Q. has codified the judicial specifications of the kind of presumptions that can be taken into account.

110

Presumptions of fact can establish both fault as well as causation. D. Jutras, “Expertise scientifique et causalité”, in *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), 897, at fn. 24, has observed, [TRANSLATION] “Presumptions of fact serve to establish, sometimes simultaneously, fault and causation.”

111

On the matter of presumptions and burden of proof, Baudouin and Deslauriers, *supra*, at pp. 358-59, say:

[TRANSLATION] . . . in medical matters, presumptions of fact sometimes result in a reversal of the burden of proving either fault or a causal link between the action in question and the damage sustained.

J.-C. Royer, *La preuve civile* (2nd ed. 1995), at p. 518, is more specific in saying:

[TRANSLATION] This constitutes a reversal of the evidentiary burden, since a presumption of fact does not alter the general principle of article 2803 of the *Civil Code of Québec* and, consequently, cannot reverse the burden of proof.

Royer says that in order to avoid the confusion of terminology regarding burdens of proof, authors and case law have preferred to use “unfavourable inference” against the defendant rather than a reversal of the burden of proof. One of the cases cited is *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 330, which of

aux défendeurs dans les cas où il est impossible d’établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice. Je les examine à tour de rôle.

En l’espèce, le droit des présomptions procède des art. 2846, 2847 et 2849 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») ainsi que des art. 1238 et 1242 du *Code civil du Bas Canada*. Puisque le droit des présomptions a trait à la preuve, les nouvelles dispositions sont, en vertu l’art. 9 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, applicables à la présente affaire qui a pris naissance avant l’entrée en vigueur du C.c.Q. Comme je l’indique plus haut, le droit n’a pas changé sur cette question au cours de la transition entre l’ancien et le nouveau code, à l’exception du fait que le C.c.Q. a codifié les précisions apportées par la jurisprudence sur le type de présomptions dont on peut tenir compte.

Les présomptions de fait peuvent établir tant la faute que le lien de causalité. D. Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), 897, note 24, affirme : « Les présomptions de fait servent à établir, parfois simultanément, la faute et le lien de causalité. »

Sur la question des présomptions et du fardeau de preuve, Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 358-359, affirment :

. . . en matières médicales, l’application des présomptions de fait opère parfois renversement du fardeau de prouver tantôt la faute, tantôt l’existence du lien de causalité entre l’acte reproché et le dommage subi.

J.-C. Royer, *La preuve civile* (2^e éd. 1995), p. 518, précise :

Il s’agit d’un déplacement du fardeau de présentation, puisque l’existence d’une présomption de fait ne change pas le principe général de l’article 2803 du *Code civil du Québec* et, par conséquent, ne peut déplacer le fardeau de persuasion.

Selon Royer, pour éviter la confusion terminologique en matière de fardeau de preuve, les auteurs et la jurisprudence ont préféré utiliser une « inférence défavorable » contre le défendeur plutôt qu’un renversement du fardeau de la preuve. Un des exemples cités est *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311,

course expresses greater comfort with use of the term “inference” rather than “reversal of burden”.

The *C.C.Q.* itself alludes to this inference or reversal of the evidentiary burden in art. 2847 where it says that a simple presumption may be rebutted by proof to the contrary. Jutras, *supra*, at fn. 24, accurately discusses the consequence of this reversal for the defendant: [TRANSLATION] “The defendant may rebut the presumption by showing that the occurrence of the harm is just as consistent with a lack of fault as with the existence of fault.” Nevertheless, the legal burden of proof remains on the plaintiff.

As for the conditions of the applicability of presumptions in the civil law context, art. 2849 makes it clear that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. Failing the satisfaction of these criteria, the plaintiff must actually establish the unknown fact rather than the trier of fact being permitted to draw an inference from the known fact to the unknown fact.

I am not clearly satisfied that the Court of Appeal made an error in its decision not to apply presumptions of causation in favour of the appellant. L’Heureux-Dubé J. in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, said that presumptions of fact were a method of proof among others. Although she was addressing a case where the lower court judge had made presumptions of fact, her comments regarding non-intervention are equally applicable where the lower court chooses not to make presumptions. The refusal to make presumptions is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof.

There was evidentiary material for the appellant to make his case: the initial x-rays, the doctors’ notes, the nurses’ notes, his friend Jocelyn Richard’s observations, and the subsequent tests. Article 2849 *C.C.Q.* provides that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. These criteria were not fulfilled in this case. The evidence pointed in different and sometimes

p. 330, qui exprime une préférence pour le terme « inférence » par rapport à « déplacement du fardeau de preuve ».

Le *C.c.Q.* lui-même évoque une telle inférence ou renversement du fardeau de preuve à l’art. 2847 lorsqu’il précise qu’une présomption simple peut être repoussée par une preuve contraire. Jutras, *loc. cit.*, note 24, fait une analyse exacte des conséquences du renversement de la charge de preuve pour le défendeur : « Le défendeur peut la renverser en montrant que la survenance du préjudice est tout aussi compatible avec l’absence de faute qu’avec l’existence d’une faute. » Néanmoins, le fardeau ultime de la preuve continue d’incomber au demandeur.

Quant aux conditions d’applicabilité des présomptions dans le contexte du droit civil, l’art. 2849 établit clairement qu’il ne faut prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes. À défaut, il incombe au demandeur d’établir effectivement le fait inconnu sans qu’il soit permis au juge des faits de tirer une inférence d’un fait connu à un fait inconnu.

Je ne suis pas bien convaincu que la Cour d’appel a fait erreur en décidant de ne pas appliquer de présomptions de causalité en faveur de l’appellant. Dans *Québec (Curateur public)*, précité, le juge L’Heureux-Dubé affirme, au par. 47, que les présomptions de fait sont un moyen de preuve parmi d’autres. Même s’il s’agissait d’une affaire dans laquelle le juge de première instance avait tiré des présomptions de fait, ses commentaires sur la non-intervention sont tout aussi pertinents lorsque le juge de première instance décide de ne pas faire de présomptions. Le refus de tirer des présomptions est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve.

L’appellant avait des éléments de preuve à l’appui de sa demande : les radiographies initiales, les notes des médecins, les notes des infirmières, les observations de son ami Jocelyn Richard et les examens subséquents. L’article 2849 *C.c.Q.* prévoit que le tribunal ne doit prendre en considération que les présomptions qui sont graves, précises et concordantes. Ces conditions ne sont pas remplies en

112

113

114

115

opposite directions. Jutras, *supra*, at fn. 24, is correct in saying: [TRANSLATION] “In cases where the expert evidence is disputed . . . , presumptions of fact are therefore of little use, since it will not be sufficient to assert that the fault is one of the possible causes.”

l’espèce. La preuve pointe dans des directions différentes et parfois opposées. Jutras, *loc. cit.*, note 24, a raison de dire : « Dans les cas où la preuve par expert est controversée [. . .], les présomptions de fait sont donc de peu d’utilité, puisqu’il ne suffira pas d’affirmer que la faute est l’une des causes possibles. »

116 The Court of Appeal appropriately said that it is insufficient to show that the defendant created a risk of harm and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created. To the extent that such a notion is a separate means of proof with a less stringent standard to satisfy, *Snell, supra*, and definitely *Laferrière, supra*, should have put an end to such attempts at circumventing the traditional rules of proof on the balance of probabilities. There may be a misapprehension of what I said in *Laferrière, supra*, at p. 609: “In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary” (emphasis added). This is merely a reiteration of the traditional approach on presumptions, and does not create another means of proof in Quebec civil law in the establishment of the causal link. The Court of Appeal correctly interpreted this passage as pertaining to presumptions within the traditional rules of causation.

La Cour d’appel déclare à bon droit qu’il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s’est ensuite réalisé dans l’aire de risque ainsi créée. Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l’arrêt *Snell* et sans aucun doute l’arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l’on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu’une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l’existence du lien de causalité, sous réserve d’une démonstration ou d’une indication contraire » (je souligne). Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d’autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l’établissement d’un lien de causalité. La Cour d’appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité.

117 I have dealt with the law of presumptions and how it relates to the burden of proof. The second concept I wish to deal with is the impossibility of proving causation and the allocation of liability.

J’ai examiné le droit des présomptions et la façon dont il se rattache au fardeau de preuve. Le second concept que je veux examiner est celui de l’impossibilité de prouver la causalité et l’imputation de la responsabilité.

118 The appellant cited art. 1480 *C.C.Q.* in his discussion of establishing the causal link. This article imposes solidary liability on defendants where they have jointly committed a wrong causing an injury or where each has committed a separate fault, one of which may have caused the injury. For this article to operate, it is necessary for the plaintiff to show an impossibility to determine the causal connection between the damage suffered and the specific culprit. The classic scenario is one where hunters

L’appelant cite l’art. 1480 *C.c.Q.* dans son argumentation sur le lien de causalité. Selon cet article, lorsqu’ils ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu’ils ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice, les défendeurs sont tenus solidairement à la réparation du préjudice. Pour que cet article s’applique, le demandeur doit démontrer qu’il est impossible d’établir le lien de causalité entre le préjudice subi et un

simultaneously fire their guns, injuring the plaintiff. This was in fact the situation in cases such as *Labelle v. Charette*, [1960] Que. Q.B. 770, and *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (C.A.), as well as the common-law case of *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, where this Court ruled that if the defendants' own wrongdoing prevents the plaintiff from making the necessary causal connection to the specific author of the wrong, liability is to be attributed collectively so as to avoid the injustice of leaving the victim with no recourse. (See also A. Mayrand, "L'énigme des fautes simultanées" (1958), 18 *R. du B.* 1, and Baudouin and Deslauriers, *supra*, at pp. 348 and 370-71, for the doctrinal discussion of the matter.) It is in cases such as these that there is a true reversal of the burden of proof, but not on the issue of causation between fault and damages, but rather on the particular issue of linking the damage to the particular author of the delict.

I agree with Morin J. in *Stéfanik v. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332, at pp. 1354-55, that art. 1480 C.C.Q. is about the modalities of liability rather than a question of proof, and thus the article is not applicable to situations arising before the advent of the *Civil Code of Québec*. Morin J. correctly stated though that this was not of great significance since art. 1480 merely enshrined the rule set out by the case law, some examples of which I have given above.

There is no reason to apply this rule in favour of the appellant. It should only be applied in cases where there is a true impossibility to determine the author of the delict. There was no such impossibility here: either it was the car accident, or the respondent, or a combination of both in certain proportions.

VII. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs.

auteur particulier. Le scénario classique est celui où des chasseurs font feu simultanément et blessent le demandeur. C'était le cas dans *Labelle c. Charette*, [1960] B.R. 770, et *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (C.A.), ainsi que dans l'arrêt de common law *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, dans lequel notre Cour juge que si la faute même des défendeurs empêche le demandeur d'établir le lien de causalité nécessaire avec l'auteur particulier de la faute, il y aura imputation d'une responsabilité collective car il serait injuste de laisser la victime sans recours. (Voir aussi A. Mayrand, « L'énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1, et Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 348 et 370-371, pour une analyse doctrinale de la question.) C'est dans des cas comme ceux-ci qu'il y a un véritable renversement du fardeau de la preuve, non pas sur la question du lien de causalité entre la faute et le préjudice, mais plutôt sur la question précise du lien entre le préjudice et l'auteur particulier du délit.

Je suis d'accord avec le juge Morin dans *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332, p. 1354-1355, lorsqu'il dit que l'art. 1480 C.c.Q. porte sur les modalités de la responsabilité civile plutôt que sur la preuve; en conséquence, cet article n'est pas applicable aux situations ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Le juge Morin mentionne à bon droit cependant que cela n'a pas beaucoup d'importance puisque l'art. 1480 a tout simplement codifié la règle formulée par la jurisprudence, dont je donne quelques exemples ci-dessus.

Il n'y a aucune raison d'appliquer cette règle en faveur de l'appelant. Elle ne devrait s'appliquer que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer l'auteur du délit. Ce n'est pas le cas en l'espèce : le préjudice est imputable à l'accident ou à l'intimé, ou encore à une combinaison des deux, selon certaines proportions.

VII. Dispositif

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

119

120

121

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant: Frédéric St-Jean,
Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault,
Montréal.*

Pourvoi rejeté.

*Procureur de l'appellant : Frédéric St-Jean,
Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault,
Montréal.*

Peter William Fliss *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FLISS

Neutral citation: 2002 SCC 16.

File No.: 27998.

2001: April 23; 2002: February 21.

Present: L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Exclusion of evidence — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence violating constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Criminal law — Admissibility of evidence — Evidence obtained by electronic surveillance — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence was admissible.

The accused freely confessed to an undercover police officer that he had killed a woman and provided many details during a conversation surreptitiously recorded pursuant to a prior judicial authorization. The next day, the officer reviewed the transcript and made corrections based on listening to the tape supplemented with his

Peter William Fliss *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. FLISS

Référence neutre : 2002 CSC 16.

N^o du greffe : 27998.

2001 : 23 avril; 2002 : 21 février.

Présents : Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Exclusion de la preuve — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier viole-t-il le droit garanti par la Constitution d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Droit criminel — Admissibilité de la preuve — Preuve obtenue par surveillance électronique — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier est-il admissible?

L'accusé a avoué librement à un policier agissant comme agent d'infiltration avoir tué une femme et a fourni de nombreux détails au cours d'une conversation enregistrée subrepticement en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable. Le lendemain, le policier a revu la transcription et y a apporté des corrections

recollection of parts of those conversations. The trial judge, having concluded that the authorization ought to have been refused for insufficiency of evidence, declared the tape and related transcript inadmissible but admitted the officer's *viva voce* evidence of the conversation, which was basically a recitation of the corrected transcript. The jury convicted the accused of first degree murder. The majority of the Court of Appeal reduced the conviction to second degree murder. The dissenting judge would have declared inadmissible the officer's *viva voce* evidence and quashed the conviction. The sole issue in this appeal concerns the admissibility of the *viva voce* evidence of the officer's conversation with the accused.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The jury was entitled to hear from the officer about his conversation with the accused, and the officer was entitled to refresh his memory by any means, including inadmissible evidence. The trial judge and the majority of the Court of Appeal erred, however, in concluding that because the officer had a substantial recollection of parts of the conversation he was at liberty to provide the jury with a recitation of the whole of the transcript. First, while the officer clearly remembered the principal elements of the confession, his evidence went well beyond what he could recall at the time of the trial. Second, the officer's testimony did not qualify for admission as "past recollection recorded". He did not testify that the transcript accurately represented his knowledge and recollection at the time he reviewed it. On the contrary, he testified to having corrected the transcript based on a recall of "parts" of it. It is those portions of the conversation that he did not remember, either at trial or at the time he proofread the transcript, but that were nevertheless put into evidence against the accused, that violate the s. 8 *Charter* protection because, as to those portions, the sole basis of the testimony was the unauthorized tape. Third, the deficiencies in the officer's recollection were matters of substance not form. As a result of the trial judge's ruling, 34 pages of the detail of the confession went into evidence sourced not in the officer's recollection but in the unauthorized recording. Where there has been a *Charter* breach with respect to the collection of evidence, the Crown cannot avoid the s. 24(2) analysis by going directly to the proviso in s. 686(1)(b)(iii), which provides that notwithstanding an error of law the appeal may be dismissed if the Court "is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". The proviso addresses a miscarriage of justice in the particular case. Section 24(2) deals with the balance between

d'après l'enregistrement et le souvenir qu'il avait de ces conversations. Le juge du procès, ayant conclu que l'autorisation aurait dû être refusée pour insuffisance de preuve, a déclaré inadmissibles en preuve les enregistrements et leurs transcriptions, mais il a admis le témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation, qui était essentiellement une lecture de la transcription révisée. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La majorité de la Cour d'appel a réduit cette déclaration de culpabilité à celle de meurtre au deuxième degré. Le juge dissident aurait déclaré inadmissible le témoignage de vive voix du policier et annulé la déclaration de culpabilité. La seule question qui se pose dans le présent pourvoi porte sur l'admissibilité en preuve du témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation qu'il a eue avec l'accusé.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie : Le jury avait le droit d'entendre le témoignage du policier au sujet de sa conversation avec l'accusé et le policier avait le droit de se rafraîchir la mémoire par tous les moyens, y compris une preuve inadmissible. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont cependant commis une erreur en concluant que le policier, du fait qu'il avait un souvenir substantiel de certaines parties de la conversation, pouvait faire au jury une lecture de l'ensemble de la transcription. Premièrement, même si le policier se souvenait clairement des principaux éléments de l'aveu, son témoignage dépassait de très loin le souvenir qu'il avait au moment du procès. Deuxièmement, son témoignage n'est pas admissible à titre de « enregistrement du souvenir ». Il n'a pas témoigné que l'enregistrement représentait exactement sa connaissance et son souvenir au moment de la révision. Au contraire, il a témoigné qu'il avait révisé la transcription en se fondant sur le souvenir qu'il avait de certaines parties de la conversation. Ce sont les parties de la conversation dont il ne se souvenait pas soit au procès, soit à la relecture de la transcription, mais qui ont néanmoins été produites en preuve contre l'accusé, qui portent atteinte aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. En effet, en ce qui concerne ces parties, le témoignage du policier se fondait uniquement sur l'enregistrement non autorisé. Troisièmement, les lacunes dans le souvenir du policier relèvent de la substance et non de la forme. Par suite de la décision du juge du procès, les 34 pages décrivant les détails de l'aveu sont admises en preuve, provenant non pas du souvenir du policier mais de l'enregistrement non autorisé. Lorsqu'il y a eu violation de la *Charte* dans le cadre de la collecte d'éléments de preuve, le ministère public ne peut pas éviter l'analyse fondée sur le par. 24(2) en invoquant directement l'application de la disposition réparatrice, à savoir l'al. 686(1)(b)(iii),

individual rights and *Charter* rights and the overall reputation of the administration of justice. The message of s. 24(2) of the *Charter* is that even if admission of such evidence would not create a substantial wrong or miscarriage of justice to a particular accused, the court must nevertheless consider whether, "having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". Although the officer gave evidence gathered in contravention of s. 8 of the *Charter*, on the facts of this case s. 24(2) ought not to be applied to exclude the testimony. The admission of the evidence did not affect the fairness of the trial. The evidence put into the record was not conscripted. The confession was freely volunteered. The *Charter* breach neither caused nor contributed to the accused's statements. The officer heard nothing that the accused did not intend him to hear. The police applied for and received prior judicial authorization for the surreptitious recording. The trial judge disagreed with the authorizing judge about the sufficiency of the allegations but the police officer had acted in good faith. The exclusion of the officer's testimony of his conversation would itself bring the administration of justice into disrepute. Murder is the most serious of crimes and this one was particularly brutal and senseless. The accused freely confessed his guilt, in an act of misguided self-interest. The key elements of the confession were available at trial from the undercover officer from his own recollection.

Per L'Heureux-Dubé, Arbour and LeBel JJ.: The trial judge ruled that an authorization to intercept a communication, with the consent of the police officer who was a party to it, was unconstitutional and, under s. 24(2) of the *Charter*, he ordered the exclusion of the recording and of the transcript of the recording of that conversation. There is no reason to disturb that ruling.

The ruling, however, did not extend to the right of the police officer to testify as to what the accused said in the course of that conversation, as long as such testimony is otherwise admissible at common law. In such a case, it neither makes sense, nor would it be feasible, to attempt to preclude the witness from refreshing his memory from the recording.

When the police officer testified, he independently recalled most of the salient portions of the confession.

qui prévoit que, malgré une erreur de droit, l'appel peut être rejeté si la cour « est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». La disposition réparatrice vise dans ce cas particulier une erreur judiciaire. Le paragraphe 24(2) a trait à l'équilibre entre les droits individuels et les droits garantis par la *Charte* et à la considération dont jouit en général l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* comporte le message suivant : même si l'admission de ces éléments de preuve ne produirait aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave pour un accusé donné, le tribunal doit néanmoins examiner si « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Même si le policier a témoigné en se fondant sur la preuve obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte*, d'après les faits en l'espèce, le par. 24(2) ne peut être appliqué de façon à exclure le témoignage. L'admission de la preuve n'a pas compromis l'équité du procès. La preuve portée au dossier n'a pas été donnée sous la contrainte. L'accusé a de lui-même fait des aveux. La violation de la *Charte* n'a ni donné lieu ni contribué à ses déclarations. Le policier n'a rien entendu de ce que l'accusé ne voulait pas qu'il entende. La police a demandé et reçu au préalable l'autorisation judiciaire de procéder subrepticement à l'enregistrement. Le juge du procès est en désaccord avec le juge saisi de la demande d'autorisation quant à la suffisance des allégations, mais le policier a agi de bonne foi. L'exclusion du témoignage du policier au sujet de sa conversation déconsidérerait l'administration de la justice. Le meurtre est le crime le plus grave, et ce meurtre était particulièrement brutal et gratuit. L'accusé a librement avoué sa culpabilité, pensant, à tort, servir ainsi son intérêt personnel. L'agent d'infiltration pouvait témoigner quant aux principaux éléments de l'aveu en se fondant sur son souvenir.

Les juges L'Heureux-Dubé, Arbour et LeBel : Le juge du procès a conclu que l'autorisation d'intercepter une communication, avec le consentement du policier partie à la conversation, était inconstitutionnel et, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, a ordonné l'exclusion de l'enregistrement de la conversation et de la transcription. Il n'y a aucune raison de modifier cette décision.

Cependant, la décision ne vise pas le droit du policier de témoigner au sujet de ce qu'il a entendu l'accusé dire au cours de cette conversation, dans la mesure où ce témoignage est par ailleurs admissible en common law. Dans ce cas, il n'est ni logique ni possible de tenter d'empêcher le témoin de se rafraîchir la mémoire à l'aide de l'enregistrement.

Lors de son témoignage, le policier se rappelait personnellement la plupart des faits saillants de l'aveu. Le

The full transcript itself had been ruled inadmissible by the trial judge as a constitutional matter, and in any event it would have been inadmissible at common law as hearsay unless the police officer testified that it constituted his past recollection recorded. A conversation with an informer, or a police officer, is not a search and seizure; only its recording is. The intercepted conversation was not excluded and the witness was entitled to try to put the fullest possible account of his conversation with the accused before the court. It was an error to allow the officer to read into the record verbatim, almost the full content of the transcript. The error was a trivial one curable by the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. If, on the other hand, the police were to deliberately by-pass the need to obtain a judicial authorization to record a conversation, on the basis that although they could not use the tape at trial, they could always use the transcript in the way it was done here, the proper remedy, in such a different scenario, might well be to exclude the tape, transcript and the evidence being given in any form about the content of the intercepted communication. There is no reason, in this case, to turn again to s. 24(2) of the *Charter* to revisit the issue of the admissibility of the transcript.

Cases Cited

By Binnie J.

Followed: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, aff'g (1987), 61 O.R. (2d) 385; **referred to:** *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *R. v. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504, aff'd [1998] 2 S.C.R. 517; *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527; *R. v. Eisenhower* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37; *R. v. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Solomon*, [1997] 3 S.C.R. 696.

By Arbour J.

Referred to: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

texte de la transcription avait été jugé inadmissible par le juge du procès pour un motif d'ordre constitutionnel et, en tant que ouï-dire, l'aurait également été en vertu de la common law, sauf si le policier avait témoigné que cette transcription constituait un enregistrement de son souvenir. Une conversation avec un indicateur, ou un policier, n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie; seul son enregistrement l'est. La conversation interceptée n'a pas été écartée et le témoin avait le droit de tenter de présenter au tribunal l'exposé le plus complet possible de sa conversation avec l'accusé. C'était une erreur de permettre au policier de faire porter au dossier, mot pour mot, presque tout le contenu de la transcription. Il s'agit d'une erreur négligeable à laquelle on peut remédier en recourant à la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii). Par contre, si la police contournait délibérément l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire pour l'enregistrement d'une conversation, pensant que, même si elle ne peut utiliser l'enregistrement au procès, elle pourrait toujours se servir de la transcription comme elle l'a fait en l'espèce, la réparation appropriée, dans ce tout autre scénario, pourrait bien consister à exclure l'enregistrement, la transcription et quelque preuve que ce soit quant au contenu de la communication interceptée. Il n'y a aucune raison en l'espèce de recourir de nouveau au par. 24(2) de la *Charte* pour revisiter la question de l'admissibilité de la transcription.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts suivis : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, conf. (1987), 61 O.R. (2d) 385; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *R. c. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504, conf. par [1998] 2 R.C.S. 517; *Lopez c. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527; *R. c. Eisenhower* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37; *R. c. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Solomon*, [1997] 3 R.C.S. 696.

Citée par le juge Arbour

Arrêts mentionnés : *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

McCormick on Evidence, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2001, release 26).

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little Brown, 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 139 B.C.A.C. 89, 227 W.A.C. 89, 145 C.C.C. (3d) 353, [2000] B.C.J. No. 1126 (QL), 2000 BCCA 347, reducing the accused's conviction to second degree murder but otherwise dismissing the appeal from a judgment of the Supreme Court of British Columbia. Appeal dismissed.

Richard C. C. Peck, Q.C., for the appellant.

William F. Ehrcke, Q.C., for the respondent.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

ARBOUR J. — I have read the reasons of my colleague Justice Binnie and although I agree with his ultimate disposition of this appeal, I come to this conclusion for different reasons.

The trial judge in this case found that an authorization to intercept a private communication was deficient and he decided to exclude the recording of it and the transcript of the recording. Since the intercepted conversation was one that a police officer, acting in an undercover capacity, was party to, the trial judge permitted the officer to testify as to the content of the conversation. Although the Crown now seeks a reversal of that ruling and wishes to argue that the trial judge erred in excluding the tape recording and the transcript, I agree with Binnie J. that we should decline to proceed on that basis.

Doctrine citée

McCormick on Evidence, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group, 1999.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2001, release 26).

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little Brown, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 139 B.C.A.C. 89, 227 W.A.C. 89, 145 C.C.C. (3d) 353, [2000] B.C.J. n° 1126 (QL), 2000 BCCA 347, qui a réduit la déclaration de culpabilité de l'accusé à celle de meurtre au deuxième degré, mais a par ailleurs rejeté l'appel contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Richard C. C. Peck, c.r., pour l'appellant.

William F. Ehrcke, c.r., pour l'intimée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE ARBOUR — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Binnie et, même si je disposerais de l'appel comme il le fait, je me fonde sur des motifs différents.

En l'espèce, le juge du procès a conclu que l'autorisation d'intercepter une communication privée était défectueuse et a décidé d'écarter l'enregistrement qui en avait été fait et sa transcription. Puisqu'il s'agissait d'une conversation interceptée à laquelle était partie un policier agissant comme agent d'infiltration, le juge du procès a permis à celui-ci de témoigner quant au contenu de la conversation. Bien que le ministère public cherche maintenant à faire infirmer cette décision et soutienne que le juge du procès a commis une erreur en excluant l'enregistrement et la transcription, je conviens avec le juge Binnie que nous devrions refuser de nous prononcer sur ce moyen.

1

2

3 This position was not advanced by the Crown in the Court of Appeal and I agree that we should confine our intervention in this appeal as of right by the Crown to the issue on which there is a dissent in the Court of Appeal on a question of law. I say this without suggesting that the exclusionary ruling made at trial was sound. I agree that we should simply proceed as though it were, and tackle the procedural issue that derives from that ruling.

4 The legal issue then presents itself as follows: If a police officer unconstitutionally records a conversation to which he is a party (a *Duarte*-type interception; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30), and both the recording and the transcript of it are excluded from evidence as a s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* remedy, what use can be made of a transcript of the recording by the police officer when he or she testifies about the content of intercepted conversation?

5 As a preliminary observation, I note that this problem did not seem to have been contemplated in *Duarte, supra*. In that case, this Court found that the interception of a private communication lawfully made upon the consent of one of the parties to the conversation (under the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as they then existed) was nevertheless an infringement of s. 8 of the *Charter* as an unreasonable search and seizure. Turning to the remedy for that constitutional violation, the Court made no distinction between the communication itself and the recording of it. La Forest J. held that the intercepted communication could be introduced in evidence since its admission in the proceedings would not bring the administration of justice into disrepute, within the meaning of s. 24(2) of the *Charter*.

6 At the time, the *Criminal Code* contemplated that a communication that was unlawfully intercepted was inadmissible in evidence unless one of the parties to the conversation consented to its admission (s. 178.16 of the then *Code*). There was no need to distinguish between the communication

Le ministère public n'avait pas soulevé cet argument devant la Cour d'appel et je conviens que notre intervention, dans le cadre du présent pourvoi de plein droit interjeté par le ministère public, devrait se limiter à l'examen de la question de droit qui a donné lieu à une dissidence en Cour d'appel. Je ne laisse pas entendre par là que l'ordonnance d'exclusion rendue au procès était bien fondée. Je conviens que nous devrions tout simplement procéder comme si elle l'était et nous attaquer à la question procédurale qui en découle.

La question de droit se présente donc ainsi : si un policier enregistre de façon inconstitutionnelle une conversation à laquelle il est partie (interception de type *Duarte*; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30) et que cet enregistrement et sa transcription sont écartés en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, quelle utilisation peut être faite d'une transcription de l'enregistrement par le policier lorsqu'il témoigne quant au contenu de la conversation interceptée?

À titre d'observation préliminaire, je tiens à préciser que ce problème ne semble pas avoir été envisagé dans *Duarte*, précité. Dans cette affaire, la Cour a statué que l'interception d'une communication privée faite légalement suite au consentement de l'une des parties à la conversation (conformément aux dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, alors en vigueur) allait néanmoins à l'encontre de l'art. 8 de la *Charte*, car elle constituait une fouille, perquisition ou saisie abusive. Dans son examen de la réparation pour cette violation de la Constitution, la Cour n'a pas établi de distinction entre la communication même et son enregistrement. Le juge La Forest a conclu que la communication interceptée pouvait être déposée en preuve puisque l'utilisation de cette preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

À l'époque, le *Code criminel* prévoyait qu'une communication illégalement interceptée était inadmissible en preuve à moins que l'une des parties à la conversation n'ait consenti à son admission (art. 178.16 du *Code* alors en vigueur). On n'avait pas à établir de distinction entre la communication même

itself and the recording of the communication: both were inadmissible. This section was subsequently repealed and the current regime is a by-product of the decision in *Duarte* requiring a judicial authorization for an interception made with the consent of only one party to it (a surreptitious intercept as far as the other is concerned).

In the current statutory context, therefore, as was the case here, if the authorization is held to be invalid as a violation of s. 8 of the *Charter*, the remedies are to be found in the panoply provided by s. 24 of the *Charter*. Under s. 24(2), the trial judge could conceivably hold that the *Charter* violation was so egregious that not only should the recording of it not be admissible in evidence, but that even the *viva voce* evidence of the person who was a party to it should not be permitted. This was in fact the statutory remedy in the pre-*Duarte* regime. In contrast, when a conversation is intercepted in a case like the present one on the basis of a defective authorization, the recording (and any transcript thereof) may be excluded, but the constitutional violation is held not to affect the right of the witness to testify to what he or she heard the accused say, as long as that testimony is otherwise admissible by virtue of the common law (see *Duarte, supra, per La Forest J.*, at p. 58).

This half-way remedy, if I may call it that, is what led to the procedural difficulty in the present case. It essentially precludes the admission in evidence not of the product of the intercept (the private communication), but of the best evidence thereof (the recording). In light of this, it would neither make sense, nor be feasible to attempt to preclude the witness from refreshing his or her memory from the recording. This simply continues to be a matter governed by the common law. A witness may refresh his or her memory prior to testifying, as long as he or she testifies from present memory revived by the instrument that refreshed it, whatever that instrument may be. In some cases, the witness whose memory at trial cannot be revived can testify as to the accuracy of a past recording of a then existing memory,

et son enregistrement : les deux étaient inadmissibles. Cette disposition fut par la suite abrogée. Selon le régime actuel, qui représente un sous-produit de l'arrêt *Duarte*, il faut une autorisation judiciaire dans le cas d'une interception faite avec le consentement de seulement une des parties à la conversation (interception secrète pour ce qui est de l'autre partie).

Par conséquent, selon le contexte législatif actuel, qui s'applique en l'espèce, si l'autorisation est jugée non valide du fait qu'elle contrevient à l'art. 8 de la *Charte*, les réparations disponibles sont celles qui figurent dans la panoplie prévue par l'art. 24 de la *Charte*. En vertu du par. 24(2), le juge du procès pourrait théoriquement conclure que la violation de la *Charte* était si choquante qu'il devrait écarter non seulement l'enregistrement de la conversation, mais aussi le témoignage de vive voix de la personne qui y était partie. C'était, en fait, la réparation prévue par la loi selon le régime antérieur à *Duarte*. Par contre, lorsqu'une conversation est, comme en l'espèce, interceptée en vertu d'une autorisation défectueuse, l'enregistrement (et toute transcription qui en est faite) peut bien sûr être écarté; cependant, la violation de la Constitution n'est alors pas considérée comme portant atteinte au droit du témoin de déposer sur ce qu'il a entendu l'accusé dire, dans la mesure où ce témoignage est par ailleurs admissible en vertu de la common law (voir *Duarte, précité*, le juge La Forest, p. 58).

Cette demi-réparation, si je peux l'appeler ainsi, est précisément ce qui a donné lieu à la difficulté procédurale en l'espèce. Elle empêche essentiellement l'admission en preuve non pas du produit de l'interception (la communication privée), mais de la meilleure preuve qui en existe (l'enregistrement). Compte tenu de ce fait, il ne serait ni logique ni possible de tenter d'empêcher le témoin de se rafraîchir la mémoire à l'aide de l'enregistrement. Cette question continue tout simplement d'être régie par la common law. Un témoin peut se rafraîchir la mémoire avant de témoigner, dans la mesure où il témoigne de mémoire contemporaine une fois son souvenir ravivé au moyen d'un outil quelconque. Dans certains cas, le témoin dont la mémoire ne peut être ravivée au moment du procès pourra

under certain conditions that are meant to alleviate the concerns arising from the hearsay rule. The past recording, or verification of a recording, must have been made contemporaneously to the event recorded, when the memory of the witness was still fresh, and the witness must swear that the recording represented then his or her accurate recollection.

9 This is in my view precisely what happened in this case. The police officer testified that the day after his conversation with the accused was surreptitiously recorded, he reviewed a transcript of the recording. Not surprisingly, most of the salient facts about the accused's confession to a murder were still fresh in his mind then, and indeed most of them were still fresh at the time of trial. Again not surprisingly, on the sole basis of his then memory of the conversation, the officer could not, the next day, fill in some of the blanks in the transcript. I explain. As is often the case, the transcript contained several entries that simply said "inaudible", which means that the transcriber could not make out what was said. According to his evidence, in some of these cases, the officer could supply the missing entries, from memory, but in many others he could not. These simply remained marked on the transcript as "inaudible" and they were of course evidence of nothing.

10 In my view, on this record it is fair to say that when the police officer testified, he independently recalled most of the salient portions of the confession. The full transcript itself had been ruled inadmissible by the trial judge as a constitutional matter, and in any event it would have been inadmissible at common law as hearsay unless the police officer testified that it constituted his past recollection recorded, as described above. This, in my view, it was, except for the parts that the officer said he could not remember the day after the intercept so as to supply to the transcriber the content of the inaudible parts. Apart from that, which is of no consequence because the parts marked "inaudible" were

déposer quant à l'exactitude d'un enregistrement antérieur d'un souvenir alors contemporain, à certaines conditions destinées à atténuer les préoccupations soulevées par la règle du oui-dire. L'enregistrement antérieur, ou la vérification d'un enregistrement, doit avoir été contemporain de l'événement enregistré, alors que celui-ci était encore frais à la mémoire du témoin. Par ailleurs, le témoin doit affirmer sous serment que l'enregistrement reflétait le souvenir précis qu'il en avait.

À mon avis, c'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. Le policier a témoigné que, le lendemain de l'enregistrement secret de sa conversation avec l'accusé, il avait examiné la transcription. La plupart des faits saillants de l'aveu de meurtre par l'accusé étaient alors encore frais dans son esprit et, en fait, ils l'étaient encore au moment du procès, ce qui n'a rien de surprenant. Il n'est pas non plus étonnant que le policier n'ait pas pu, en se fondant sur le seul souvenir qu'il avait alors de la conversation, compléter le lendemain certains des blancs laissés dans la transcription. Je m'explique. Comme c'est souvent le cas, la transcription contenait plusieurs passages comportant seulement le mot « inaudible », ce qui signifie que le sténographe ne pouvait comprendre ce qui se disait. Selon le témoignage du policier, dans certains cas, il a été en mesure de compléter de mémoire ce qui manquait, mais dans de nombreux autres, il n'a pu le faire. Les blancs non complétés portent toujours dans la transcription la mention « inaudible » et ils n'apportent rien, bien entendu, sur le plan de la preuve.

À mon avis, compte tenu du dossier, il est juste de dire que le policier, lors de son témoignage, se rappelait personnellement la plupart des faits saillants de l'aveu. Le texte de la transcription avait été jugé inadmissible par le juge du procès pour un motif d'ordre constitutionnel et, en tant que oui-dire, l'aurait également été en vertu de la common law, sauf si le policier avait témoigné que cette transcription constituait un enregistrement de son souvenir alors qu'il était frais à sa mémoire, comme je l'ai déjà décrit. Selon moi, elle l'était effectivement, à l'exception des parties dont le policier ne se souvenait pas le lendemain de l'interception de sorte qu'il n'a pu indiquer au sténographe le contenu des

therefore not in evidence in any form, nothing in his evidence suggests that when he reviewed the transcript for accuracy at the time that his memory of the conversation was fresh, the transcript contained expressed statements of which he had no recollection.

Having said that, in the present circumstances, I think it was an error on both accounts — the constitutional exclusion and the common law rule — to allow the officer to read into the record verbatim, almost the full content of the transcript. In the face of that error of law, I would not hesitate to apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* on the basis, expressed in *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, that the error was trivial.

As pointed out by La Forest J. in *Duarte, supra*, p. 57, a conversation with an informer, or a police officer, is not a search and seizure. Only the recording of such conversation is. The intercepted conversation here was not excluded, and in my view rightly so. The witness was entitled to try to put the fullest possible account of his conversation with the accused before the court. There is no doubt that he did the right thing in obtaining an authorization, in having the recording transcribed and in verifying immediately the accuracy of the transcript of a conversation to which he was a party, while it was still fresh in his mind. This was indeed prudent since the tape could have been lost or could have deteriorated before trial. There was, in short, nothing sinister about the creation of the transcript.

If, on the other hand, the police were to deliberately by-pass the need to obtain a judicial authorization and wear a body-pack to record a conversation, on the basis that although they could not use the tape at trial, they could always use the transcript in the way it was done here, the proper remedy, in such a different scenario, might well be to exclude not

passages inaudibles. Hormis cet aspect, qui ne revêt aucune importance parce que les passages portant la mention « inaudible » ne faisaient aucunement partie de la preuve, rien dans le témoignage du policier ne permet de penser que, lorsqu'il a revu la transcription pour en vérifier l'exactitude alors que la conversation était encore fraîche à sa mémoire, la transcription renfermait des énoncés dont il n'avait aucun souvenir.

Cela dit, dans les circonstances de l'espèce, je pense que c'était une erreur pour les deux raisons — l'exclusion fondée sur la Constitution et la règle de common law — de permettre au policier de faire porter au dossier, mot pour mot, presque tout le contenu de la transcription. Devant cette erreur de droit, je n'hésiterais cependant pas à appliquer la disposition réparatrice du *Code*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), pour le motif qu'il s'agit d'une erreur négligeable (*R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86).

Comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans *Duarte*, précité, p. 57, une conversation avec un indicateur, ou un policier, n'est pas une fouille, une perquisition ou une saisie. Seul l'enregistrement de cette conversation l'est. En l'espèce, la conversation interceptée n'a pas été écartée et ce, à bon droit, à mon avis. Le témoin avait le droit de tenter de présenter au tribunal l'exposé le plus complet possible de sa conversation avec l'accusé. Il n'y a aucun doute qu'il a bien fait de demander une autorisation, de faire transcrire l'enregistrement de la conversation à laquelle il avait été partie et d'avoir vérifié immédiatement l'exactitude de la transcription alors que la conversation était encore fraîche à son esprit. C'était, en fait, prudent, car l'enregistrement aurait pu être perdu ou détérioré avant le procès. Bref, il n'y a rien de répréhensible dans l'établissement de la transcription.

Par contre, si le policier contournait délibérément l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire et portait un micro-émetteur de poche pour enregistrer la conversation, pensant que, même si l'enregistrement ne pouvait être utilisé au procès, il pourrait toujours se servir de la transcription de la même manière qu'il l'a fait en l'espèce, la

11

12

13

only the tape and the transcript as was done here, but to exclude evidence being given in any form about the content of the intercepted communication.

14 This case illustrates the difficulty with “partial exclusions” of evidence in cases of “consent interceptions” falling under the *Duarte* ruling. If the evidence of the intercepted conversation itself is not ruled inadmissible, all that the exclusion of the tape achieves is to deprive the trier of fact of the best, most reliable evidence of the intercepted conversation. The procedure followed in this case sensibly sought to avoid such a result. All is different of course in third party intercepts, where the exclusion of the illegally recorded conversation deprives the police of the substance of the evidence, not just, as here, of the form in which it was recorded.

15 In light of the above analysis, contrary to my colleague Binnie J., I see no reason to go to s. 24(2) of the *Charter*. In fact, I have difficulty understanding the basis upon which he does. My colleague decided early on not to revisit the original order excluding the transcript, so I assume that that order stands. In order for s. 24(2) to be resorted to again, one would have to conclude that the oral testimony of the officer reading from the transcript constituted an unreasonable search or seizure, amounting to a fresh violation of s. 8. The original violation (the unconstitutional wiretap) was spent and remedied by the exclusionary order. I can find no subsequent violation of s. 8 that would call for a new application of s. 24(2).

16 To the extent that the trial judge should have limited the use of the transcript by not allowing it to be read in as though it was full original evidence, the error was a trivial one curable by the proviso.

réparation appropriée, dans ce tout autre scénario, pourrait bien consister non seulement à écarter l’enregistrement et la transcription, comme en l’espèce, mais aussi à exclure quelque preuve que ce soit quant au contenu de la communication interceptée.

Le présent pourvoi illustre la difficulté que présentent des « exclusions partielles » d’éléments de preuve dans des cas d’« interceptions par consentement » visés par l’arrêt *Duarte*. Si la preuve de la conversation elle-même n’est pas jugée inadmissible, l’exclusion de l’enregistrement de cette conversation ne fait que priver le juge des faits de la meilleure et de la plus fiable preuve du contenu de la conversation interceptée. La procédure adoptée en l’espèce cherchait à juste titre à éviter un tel résultat. La situation est naturellement différente lorsqu’il s’agit d’interception par un tiers non partie, puisque l’exclusion de la conversation enregistrée illégalement prive alors la police du contenu de la preuve et non seulement, comme en l’espèce, de la forme sous laquelle elle a été enregistrée.

Vu l’analyse qui précède, contrairement à mon collègue le juge Binnie, je ne vois aucune raison d’appliquer le par. 24(2) de la *Charte*. En fait, j’ai de la difficulté à comprendre sur quel fondement il peut le faire. Mon collègue a décidé dès le début de ne pas revisiter l’ordonnance d’exclusion initiale de sorte que je suppose qu’elle demeure valable. Pour que le par. 24(2) puisse de nouveau être invoqué, il aurait fallu conclure que le témoignage oral du policier, qui était une lecture de la transcription, constituait une fouille, perquisition ou saisie abusive et qu’il représentait donc une nouvelle violation de l’art. 8. La première violation (l’enregistrement inconstitutionnel) a déjà été soulevée et réparée par l’ordonnance d’exclusion. Je ne vois pas d’autre violation de l’art. 8 qui entraînerait une nouvelle application du par. 24(2).

Dans la mesure où le juge du procès aurait dû restreindre l’utilisation de la transcription en ne permettant pas qu’elle soit portée au dossier comme s’il s’agissait entièrement d’une preuve originale, l’erreur est négligeable et on peut y remédier en recourant à la disposition réparatrice.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — This appeal concerns the admissibility of evidence of the appellant's confession of murder on January 29, 1997 to an undercover police officer who at the time was "wired" with a recording device. The police had obtained prior judicial authorization to make the recording, but at trial the authorization was found to have been improperly granted. The trial judge therefore excluded the tape and the typed transcript (being secondary evidence of what was on the tape). He admitted however the *viva voce* evidence of the officer who "refreshed" his memory in the witness box from the excluded transcript. In fact, his testimony was more or less a verbatim rendition of the excluded transcript. The jury convicted the appellant of first degree murder. The conviction was reduced to second degree murder by the British Columbia Court of Appeal, but the appeal was otherwise dismissed. On further appeal to this Court, the major controversy was the "indirect" reading of the excluded transcript into evidence by the officer. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that this did not vitiate the conviction, though for somewhat different reasons. I would dismiss the appeal.

I. Facts

It was alleged that the appellant struck the deceased, Jo Anne Feddema, with his truck while she was riding her bicycle. They lived in a small village in central British Columbia and were acquaintances. The impact threw her, apparently injured, on the hood of his truck and she shouted, "You're in trouble now." The appellant told the undercover officer that he panicked and killed her by striking her on the head with a blunt instrument. He provided many details of the killing, including where the killing took place and how he disposed of her body and clothing, and how he had made it

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

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité en preuve de l'aveu d'un meurtre fait par l'appelant, le 29 janvier 1997, à un policier agissant comme agent d'infiltration et muni d'un dispositif d'enregistrement. La police avait obtenu au préalable l'autorisation judiciaire de procéder à l'enregistrement, mais le juge a conclu au procès qu'elle avait été accordée à tort. Il a donc exclu l'enregistrement et la transcription dactylographiée (celle-ci constituant une preuve secondaire du contenu de l'enregistrement). Il a, toutefois, admis le témoignage de vive voix du policier, qui s'était « rafraîchi » la mémoire à la barre des témoins à l'aide de la transcription exclue. En fait, son témoignage était pour ainsi dire un compte rendu textuel de la transcription exclue. Le jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a réduit cette déclaration de culpabilité à celle de meurtre au deuxième degré, mais a par ailleurs rejeté l'appel. Dans le pourvoi formé par la suite devant la Cour, le litige concerne principalement le fait que le policier, par son témoignage, a « indirectement » fait porter au dossier la transcription exclue. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que cela n'a pas affecté la déclaration de culpabilité, mais pour des raisons quelque peu différentes. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

L'appelant aurait heurté la victime, Jo Anne Feddema, avec son camion, alors qu'elle circulait à bicyclette. Ils vivaient tous deux dans un petit village au cœur de la Colombie-Britannique et se connaissaient. L'impact de la collision aurait projeté la victime sur le capot du camion de l'appelant et, apparemment blessée, elle aurait crié : [TRADUCTION] « Tu vas maintenant avoir des ennuis. » L'appelant déclare à l'agent d'infiltration avoir alors été pris de panique et avoir tué la victime en la frappant à la tête avec un instrument contondant. Il fournit de nombreux détails sur le meurtre,

17

18

19

look as though she had been the victim of a sexual assault.

20 The Crown conceded that without evidence of the appellant's statements to the undercover officer, "the prosecution's case collapsed".

21 The alleged confession came about because skillful police work persuaded the appellant over a period of months that undercover officers were all part of a very well-run criminal enterprise which the appellant might care to join. Early in the operation, the appellant advised one of the officers that the police did not like him. When asked why, the appellant said, "They think I did a murder, they think I killed this broad." He continued to deny his involvement until towards the end of January 1997. In the interim, he became ever more entangled in the supposed crime organization.

22 The police officer's evidence was that on January 29, 1997, in a room at the Landis Hotel in Vancouver, he told the appellant that through underworld contacts he could find someone suffering a terminal illness to make a false confession to the murder of Jo Anne Feddema provided the appellant supplied sufficient detail to make the confession believable. (This was similar to the police work discussed recently in *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, and *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77.) At that point the appellant freely confessed to the murder, and on the following day took him to the various locations associated with the crime and described the events in detail. The conversation of January 30th was also recorded but, unlike the tape made in the hotel room, it was of poor quality.

23 The police had applied for and obtained an authorization under Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. By its terms, the authorization permitted the police surreptitiously to record the conversations between the appellant and the officer.

y compris le lieu du meurtre et la manière dont il s'est débarrassé du corps et des vêtements, ainsi que la façon dont il s'y est pris pour donner l'impression qu'elle a été victime d'une agression sexuelle.

Le ministère public reconnaît que, sans la preuve des déclarations de l'appelant à l'agent d'infiltration, [TRADUCTION] « la preuve de la poursuite s'effondre ».

Le prétendu aveu est obtenu par suite d'un travail habile des policiers, échelonné sur plusieurs mois, qui a finalement convaincu l'appelant que les agents d'infiltration font tous partie d'une organisation criminelle bien rodée à laquelle il souhaitait éventuellement se joindre. Dès le début de l'opération, il avise l'un des agents d'infiltration qu'il n'est pas aimé de la police. Lorsqu'on lui demande pourquoi, il répond : [TRADUCTION] « Ils pensent que j'ai commis un meurtre, ils pensent que j'ai tué cette nana. » Jusque vers la fin de janvier 1997, il continue à nier son implication. Entre-temps, il se laisse entraîner de plus en plus dans la prétendue organisation criminelle.

Selon le témoignage du policier, il a déclaré à l'appelant, dans une chambre du Landis Hotel à Vancouver, le 29 janvier 1997, que, grâce à ses contacts dans le milieu, il pouvait trouver un malade en phase terminale qui ferait un faux aveu quant au meurtre de Jo Anne Feddema, pourvu que l'appelant fournisse suffisamment de détails pour que l'aveu soit crédible. (Cette méthode policière ressemble à celle dont il a été récemment question dans *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, et *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77.) L'appelant avoue alors librement avoir commis le meurtre. Le lendemain, il amène le policier sur les divers lieux liés au crime et lui décrit en détail ce qui s'est passé. La conversation du 30 janvier a également été enregistrée mais, contrairement à l'enregistrement dans la chambre d'hôtel, cet enregistrement est de mauvaise qualité.

La police a demandé et obtenu une autorisation en vertu de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Aux termes de l'autorisation, elle pouvait enregistrer subrepticement les conversations entre l'appelant et le policier. Les conversations des

The conversations of January 29 and 30, 1997 were recorded pursuant to the authorization. Transcripts were prepared. The undercover officer reviewed the transcripts the day after each conversation took place, and made corrections based on listening to the tape supplemented with his recollection of those conversations.

A. *The Evidentiary Rulings*

The trial judge having concluded that the authorization ought to have been refused for insufficiency of evidence, and the tape therefore having been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the tapes and related transcripts were declared inadmissible.

The appellant then moved to suppress the evidence of the undercover police officer because he said it was inextricably bound up with the transcripts of the tapes that had been ruled inadmissible. The trial judge ruled that the officer could give evidence “as to his present recollection of what occurred in that hotel room on January 29th” and, for that purpose, he could make use of the corrected transcripts (euphemistically described as his “notes”) to refresh his memory. He had not in fact made notes of the conversation, believing that the tape itself, having been authorized, would be admissible.

This appeal, and the disputed ruling, relate only to the January 29th conversation at the Landis Hotel.

B. *The Officer’s Evidence on the Voir Dire*

In the witness box, the officer’s evidence followed closely, often word for word, the corrected transcript of the January 29th conversation. When challenged by the defence, he explained in a *voir dire* that, within a day of the original conversation, he had received a typed transcript of the tapes. He took the tape and the transcribed copy of the tape “and I proofread the transcribed copy with the tape and I made changes on it. Also adding comments of my own. I then sent that back to be retyped with my corrections and my comments and I received back the corrected copy”. The original document showing

29 et 30 janvier 1997 ont ainsi été enregistrées conformément à l’autorisation. Les transcriptions de ces enregistrements ont été préparées. L’agent d’infiltration a revu les transcriptions le lendemain de chacune des conversations et y a apporté des corrections d’après l’enregistrement et le souvenir qu’il avait de ces conversations.

A. *Les décisions en matière de preuve*

Ayant conclu que l’autorisation aurait dû être refusée pour insuffisance de preuve et que l’enregistrement avait donc été obtenu en violation de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge du procès déclare inadmissibles en preuve les enregistrements et leurs transcriptions.

L’appelant présente par la suite une requête pour faire supprimer le témoignage de l’agent d’infiltration, affirmant qu’il est inextricablement lié aux transcriptions des enregistrements jugés inadmissibles. Le juge du procès conclut que le policier peut témoigner [TRADUCTION] « relativement au souvenir actuel de ce qui s’est passé dans cette chambre d’hôtel le 29 janvier » et qu’il peut, à cette fin, se référer aux transcriptions révisées (euphémiquement appelées ses « notes ») pour se rafraîchir la mémoire. En fait, il n’avait pris aucune note de la conversation, car il croyait que l’enregistrement, ayant été autorisé, serait admissible.

Le présent pourvoi, tout comme la décision contestée, ne concerne que la conversation du 29 janvier au Landis Hotel.

B. *Le témoignage du policier au voir-dire*

Au procès, le policier témoigne en suivant de près, souvent mot pour mot, la transcription révisée de la conversation du 29 janvier. Lors de son contre-interrogatoire par la défense, il explique au cours d’un voir-dire qu’il a reçu une transcription dactylographiée du contenu de l’enregistrement dès le lendemain de la conversation. Il a pris l’enregistrement et sa transcription [TRADUCTION] « et j’ai relu la transcription en fonction de l’enregistrement et j’y ai apporté des modifications. J’ai également ajouté des commentaires. Je l’ai ensuite renvoyée pour que soient intégrés mes corrections et mes commentaires,

24

25

26

27

his handwritten changes and corrections was not entered in evidence. The retyped "corrected" version is 49 pages in length, double-spaced. The cross-examination continued:

- Q. -- what you did was you listened to the voices on the tape?
- A. Yes.
- Q. And you identified certain of the voices, for example, as your own, as those of Peter William Fliss and as that of [a third person]?
- A. Yes.
- Q. And there would be some, presumably, areas where you felt you could make out words and you wrote those in?
- A. Yes.
- Q. And that was from the tape?
- A. The tape as well as my memory of the conversation itself.

28

Later, when it was suggested to him by defence counsel that the officer's present recollection of the January 29th conversation was "inextricably bound" up with his subsequent review of the tape and the transcript, he responded:

- A. No, I have a definite independent recollection of the meeting between myself and Mr. Fliss on January 29th, '97.
- Q. Do you have any notes of that independent recollection?
- A. Well, no.
-
- Q. . . . the only note you have of the content of the conversation is what you have referred to as your notes which you have been reading from and which are a transcript from the taped cassette of a wiretap of the conversation, correct?
- A. Yes.

et on m'a retourné la copie révisée ». Le document original où figurent les changements et corrections manuscrits n'a pas été produit en preuve. La version « révisée » redactylographiée comporte 49 pages à double interligne. Le contre-interrogatoire se poursuit :

[TRADUCTION]

- Q. -- vous avez donc écouté les voix sur l'enregistrement?
- R. Oui.
- Q. Et vous avez reconnu certaines de ces voix, par exemple, la vôtre, celle de Peter William Fliss et celle de [une troisième personne]?
- R. Oui.
- Q. Et pour certains passages, vous estimiez comprendre les mots qui y étaient prononcés et vous les avez ajoutés?
- R. Oui.
- Q. Était-ce d'après l'enregistrement?
- R. D'après l'enregistrement et le souvenir que j'avais de la conversation même.

Plus tard, lorsque l'avocat de la défense lui laisse entendre que le souvenir qu'il a de la conversation du 29 janvier est [TRADUCTION] « inextricablement lié » à l'écoute de l'enregistrement et à la lecture de la transcription qu'il a effectuées par la suite, il répond :

[TRADUCTION]

- R. Non, j'ai un souvenir personnel précis de la rencontre que j'ai eue avec M. Fliss le 29 janvier 1997.
- Q. Avez-vous pris des notes de ce souvenir personnel?
- R. Bien, non.
-
- Q. . . . les seules notes que vous ayez sur le contenu de la conversation se résument à ce que vous avez décrit comme étant vos notes, celles que vous lisez et qui sont la transcription de la cassette de la conversation enregistrée par écoute électronique, n'est-ce-pas?
- R. Oui.

The trial judge found that the officer created a corrected transcript that could properly be described as his “notes”. He permitted the officer to give in testimony what was “basically a recitation” of the corrected transcript.

C. *The Verdict*

The jury, apparently accepting some evidence that death was caused while the appellant was committing or attempting to commit an aggravated sexual assault, returned with a verdict of first degree murder.

On appeal, because of the conflicting evidence of the Crown’s experts with respect to the alleged sexual assault, a verdict of second degree murder was substituted. The appeal was otherwise dismissed, Southin J.A. dissenting. In her view, the *viva voce* evidence of the officer was inadmissible and the conviction ought to have been quashed. The appellant now appeals as of right to this Court on the question of law raised by Southin J.A.’s dissent, namely whether the trial judge erred in admitting the *viva voce* evidence of the police officer of his conversation with the appellant on January 29, 1997, having previously ruled that evidence of the transcript of that same conversation was inadmissible.

II. Relevant Constitutional Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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,

Le juge du procès conclut que le policier a créé une transcription révisée qui peut être correctement décrite comme étant ses « notes ». Il permet au policier de rendre comme témoignage ce qui est [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de la transcription révisée.

C. *Le verdict*

Acceptant apparemment certains éléments de preuve selon lesquels le décès eut lieu alors que l’appelant commettait ou tentait de commettre une agression sexuelle grave, le jury rend un verdict de meurtre au premier degré.

En appel, ce verdict est remplacé par une condamnation pour meurtre au deuxième degré en raison des témoignages contradictoires des experts du ministère public au sujet de la prétendue agression sexuelle. Sauf pour cet aspect, l’appel est rejeté, madame le juge Southin étant dissidente. Selon elle, le témoignage de vive voix du policier est inadmissible et la déclaration de culpabilité aurait dû être annulée. L’appelant présente maintenant un pourvoi de plein droit devant la Cour sur la question de droit soulevée par la dissidence du juge Southin : le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant en preuve le témoignage de vive voix du policier au sujet de la conversation qu’il a eue avec l’appelant le 29 janvier 1997, après avoir conclu que la preuve de la transcription de cette même conversation était inadmissible?

II. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

29

30

31

32

the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

33 Stewart J. held that the police had provided insufficient evidence to support the surreptitious body-pack recording of the conversations with the accused and that his rights under s. 8 of the *Charter* had thereby been violated. He then rejected the Crown's submissions that the evidence should nevertheless be admitted pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

34 Stewart J. subsequently explained that his ruling excluding the tapes and transcripts related only to the "form of evidence then proffered in evidence by the Crown" (emphasis in original). That ruling, he suggested, would also exclude the *viva voce* evidence of a witness who, *without* being a party to the conversation, was able to overhear it only because of the unauthorized recording. To admit such evidence would simply be to allow the Crown to do indirectly what it was prohibited from doing directly.

35 Here, however, the officer *had* participated in the conversation with the appellant, and did have a present recollection of at least part of it, although certainly not all of the verbatim detail. The trial judge commented:

Common sense would say that certain things would remain with the listener forever, simply from having sat in the hotel room with the accused and heard his confession of a savage killing. But other things would not now be available to the witness from his memory, absent his having played the tape and corrected the transcript, as above. Where an unaided memory would leave [the officer], 17 months after hearing the confession, no one, including [the officer], can say.

36 In his view, the officer was entitled to give the evidence of the conversation to which he had been a party, and for that purpose to rely on the corrected

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Stewart conclut que la preuve fournie par la police ne suffit pas pour justifier l'enregistrement subreptice, par micro-émetteur de poche, des conversations avec l'accusé, et qu'il y a donc eu violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge rejette alors l'argumentation du ministère public selon laquelle la preuve devrait néanmoins être admise en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Stewart explique par la suite que sa décision d'exclure les enregistrements et les transcriptions ne concerne que la [TRADUCTION] « forme de la preuve alors produite par le ministère public » (souligné dans l'original). Cette décision, laissait-il entendre, excluait également le témoignage de vive voix d'un témoin qui, *sans* être partie à la conversation, a pu l'entendre uniquement en raison d'un enregistrement non autorisé. Admettre un tel témoignage équivaldrait simplement à autoriser le ministère public à faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

Cependant, en l'espèce, le policier *avait* pris part à la conversation avec l'appelant et avait un souvenir actuel d'au moins une partie de la conversation, même s'il ne pouvait pas se rappeler, mot pour mot, tous les détails. Le juge du procès émet le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Il va de soi que certaines choses restent à jamais gravées dans la mémoire de l'auditeur du simple fait qu'il s'est assis dans la chambre d'hôtel avec l'accusé et qu'il l'a entendu avouer son meurtre sauvage. Mais d'autres choses auraient échappé à la mémoire du témoin s'il n'avait pas fait jouer l'enregistrement et revu la transcription, comme il est mentionné plus haut. Personne, pas même [le policier], ne peut dire ce que [le policier] peut se rappeler spontanément, 17 mois après avoir entendu l'aveu.

Selon le juge du procès, le policier peut témoigner au sujet de la conversation à laquelle il a pris part et, à cette fin, il est en droit de se référer à la

transcript. This was because the corrections were made on January 30, 1997 on the basis of his then fresh memory of what had passed between him and the accused on January 29th in the hotel room.

The defence then followed up with a request that the officer first be required to testify entirely from memory, and, only after present memory was “exhausted”, should he be allowed to refer to the corrected transcript. The trial judge ruled that there was no such legal principle as “exhaustion of memory” and that in this case it would be “a bootless journey” to require the witness to follow such a course of action.

In the result, I am not going to direct the witness to give his evidence in two parts. It is up to the Crown now to ask the questions in such a way that appropriate use is made of the notes. If, in the result, what occurs is basically a recitation to the jury of what is in the notes, nothing has, as a matter of law, gone wrong. [Emphasis added.]

The trial judge ruled that the undercover policemen, being themselves considered “crooks” by the appellant, were not persons in authority for purposes of the confessions rule: *R. v. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.), subsequently aff’d [1998] 2 S.C.R. 517.

The trial judge accordingly permitted the officer to provide what was “basically a recitation” of the corrected transcript.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 145 C.C.C. (3d) 353, 2000 BCCA 347

1. Hall J.A. (Hollinrake J.A., concurring)

Hall J.A., for the majority, stated that the confession which the police obtained from the appellant was not dependent upon the existence of the invalid authorization. The police had embarked on and would have proceeded with the undercover operation with or without the recording device.

In the view of Hall J.A., the statements made by the appellant to the undercover police officer

transcription révisée. Une telle conclusion s’appuie sur le fait que le policier a apporté les corrections le 30 janvier 1997, alors que ce qui s’était passé le 29 janvier entre lui et l’accusé dans la chambre d’hôtel était encore frais dans sa mémoire.

Par la suite, la défense demande que le policier soit d’abord tenu de témoigner uniquement de mémoire et qu’il ne lui soit permis de se référer à la transcription révisée que lorsqu’il aura « épuisé » ses souvenirs. Le juge du procès statue qu’il n’existe aucun principe juridique d’[TRADUCTION] « épuisement de la mémoire » et qu’exiger en l’espèce une telle démarche du témoin serait [TRADUCTION] « inutile ».

[TRADUCTION] En définitive, je n’ordonnerai pas au témoin de scinder son témoignage en deux. Il appartient maintenant au ministère public de poser les questions de manière à faire un usage judicieux des notes. Si ce qui en résulte n’est essentiellement qu’une lecture au jury du contenu des notes, aucune erreur n’aura été commise en droit. [Je souligne.]

Le juge du procès conclut que les agents d’infiltration, que l’appelant considère comme des [TRADUCTION] « escrocs », ne sont pas des personnes en situation d’autorité pour l’application de la règle des confessions (*R. c. Wells* (1996), 107 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.), arrêt subséquentement confirmé par [1998] 2 R.C.S. 517).

Le juge du procès permet donc au policier de donner ce qui est [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de la transcription révisée.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2000), 145 C.C.C. (3d) 353, 2000 BCCA 347

1. Le juge Hall (avec l’appui du juge Hollinrake)

Au nom de la majorité, le juge Hall déclare que l’aveu que la police a obtenu de l’appelant ne dépend pas de l’existence de l’autorisation non valide. La police a entrepris et aurait poursuivi l’opération secrète avec ou sans dispositif d’enregistrement.

De l’avis du juge Hall, les déclarations de l’appelant à l’agent d’infiltration ont été faites librement

37

38

39

40

41

were freely given, and would have been available as evidence irrespective of the wiretap that was later found to be improperly authorized. Referring to *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, he concluded that the testimony was not conscripted, was supported by the officer's present "substantial recollection" (para. 101) or "fairly detailed recollection of this conversation" (para. 100), and was therefore admissible.

2. Southin J.A., dissenting

42

Southin J.A. held that if the trial judge was correct in ruling that the officer's evidence of the conversation of January 29th was admissible, then no purpose would be served by a peace officer seeking an authorization to "wear a wire" when interviewing a suspect. All he would need to do is to testify, as here, about the conversation from a transcript which would have been somehow transmuted in the eye of the law from secondary evidence of an illegal electronic record to a peace officer's *aide-mémoire*. She held this to be "legal alchemy". Failure to suppress the evidence once the tape itself was ruled inadmissible, she contended, would make a mockery of the authorization process. She invoked this Court's judgment in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and the subsequent enactment of s. 184.2 of the *Criminal Code*. She concluded, at para. 80, that

a peace officer who has surreptitiously recorded a conversation with a suspect, even with a judicial authorization, should make, without hearing the tape, the best notes he can from his unaided recollection. He should not listen to the tape unless and until it is clear at the trial that no attack will be made on the authorization.

In her view, the appeal should be allowed.

IV. Analysis

43

There is no doubt that the jury was entitled to hear from the undercover police officer about his conversation with the appellant on January 29,

et auraient été admissibles en preuve indépendamment de l'autorisation d'écoute électronique, jugée par la suite non valide. Renvoyant à *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, il conclut que le témoignage n'a pas été donné sous la contrainte, qu'il repose sur le [TRADUCTION] « souvenir substantiel » qu'avait alors le policier (par. 101), ou sur son [TRADUCTION] « souvenir assez détaillé de cette conversation » (par. 100). En conséquence, le témoignage est admissible.

2. Madame le juge Southin, dissidente

Madame le juge Southin estime pour sa part que, si la conclusion du juge du procès relativement à l'admissibilité du témoignage relatant la conversation du 29 janvier était fondée, il n'y aurait désormais aucune raison pour qu'un agent de la paix demande l'autorisation de [TRADUCTION] « porter un micro-émetteur » lors d'une conversation avec un suspect. Il lui suffirait, comme en l'espèce, de témoigner au sujet de la conversation, à partir d'une transcription qui se serait mystérieusement transmutée aux yeux de la loi, passant d'une preuve secondaire d'un enregistrement électronique illégal à un simple aide-mémoire. Madame le juge Southin estime qu'il s'agit là d'[TRADUCTION] « alchimie juridique ». Selon elle, si l'on ne supprimait pas la preuve, après avoir conclu à l'inadmissibilité de l'enregistrement, le processus d'autorisation perdrait toute sa raison d'être. Elle invoque l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, ainsi que l'adoption subséquente de l'art. 184.2 du *Code criminel*. Elle conclut, au par. 80, que

[TRADUCTION] même avec une autorisation judiciaire, un agent de la paix qui a subrepticement enregistré une conversation qu'il a eue avec un suspect devrait, sans écouter l'enregistrement, prendre les meilleures notes possible en se fiant uniquement à sa mémoire. Il ne devrait pas écouter l'enregistrement, jusqu'à tant qu'il soit clair au procès que l'autorisation ne sera pas contestée.

Le juge Southin est d'avis d'accueillir l'appel.

IV. Analyse

Il ne fait aucun doute que le jury avait le droit d'entendre le témoignage du policier au sujet de sa conversation avec l'appellant le 29

1997. The officer had at the time a present recollection of the “gist” of all of the important elements of the conversation.

As the officer pointed out, rather convincingly:

Well, it’s not every day that someone comes to you in a hotel room and sits down and has a one-on-one conversation with you explaining how they killed someone, disposed of their bike in the bush, hit them with a crowbar while they were still alive, drove down a road with the deceased in the truck, dragged her into the bush, took her spandex shorts off to make it look as though it might be a rape, purposely throw those spandex shorts across the road behind some logs and then go home. It’s not every day someone will sit down and tell you that.

There is also no doubt that the officer was entitled to refresh his memory by any means that would rekindle his recollection, whether or not the stimulus itself constituted admissible evidence. This is because it is his recollection, not the stimulus, that becomes evidence. The stimulus may be hearsay, it may itself be largely inaccurate, it may be nothing more than the sight of someone who had been present or hearing some music that had played in the background. If the recollection here had been stimulated by hearing a tape of his conversation with the accused, even if the tape was made without valid authorization, the officer’s recollection — not the tape — would be admissible.

The problem in this case is that what was given in evidence went beyond what the officer could recall — aided or not — either at the time of trial or at the time he proofread the transcript on January 30, 1997. The *Charter* problem arises with respect to those parts of the testimony that the officer could not recall *either* at trial *or* during the earlier “proofreading” exercise he undertook on January 30, 1997, but which he was nevertheless permitted to read into the record verbatim from the excluded transcript. The result was to allow the prosecution to put into evidence indirectly what the exclusion order forbade it from doing directly.

janvier 1997. Le policier avait alors un souvenir contemporain de [TRADUCTION] « l’essentiel » des éléments importants de la conversation.

Comme le policier l’a fait remarquer de façon plutôt convaincante :

[TRADUCTION] C’est que ce n’est pas tous les jours que quelqu’un vient vous voir dans une chambre d’hôtel, s’assoit et vous explique en tête à tête comment il a tué une personne, s’est débarrassé de sa bicyclette dans les buissons, l’a frappée avec une pince monseigneur alors qu’elle était encore en vie, est parti avec la défunte dans son camion, l’a traînée dans les buissons, a enlevé son short en spandex pour faire croire à un viol, a délibérément lancé le short de l’autre côté de la route, derrière des rondins, puis est rentré chez lui. Ce n’est pas tous les jours que quelqu’un va s’asseoir pour vous raconter tout cela.

Il n’y a pas de doute non plus que le policier avait le droit de se rafraîchir la mémoire par tous les moyens susceptibles de raviver son souvenir, que le stimulus en lui-même constitue ou non une preuve admissible. En effet, c’est le souvenir, et non le stimulus, qui est mis en preuve. Le stimulus peut être du oui-dire, il peut être inexact en grande partie, il peut être le simple fait de revoir une personne qui était sur les lieux ou de réentendre une musique de fond. Si le souvenir du policier avait été stimulé par l’écoute de l’enregistrement de sa conversation avec l’accusé, même si cet enregistrement avait été fait sans autorisation valable, le souvenir du policier — et non l’enregistrement — serait admissible.

Le problème ici est que le témoignage du policier allait au-delà de ce dont il se souvenait — avec ou sans aide — soit au procès, soit à la relecture de la transcription le 30 janvier 1997. Le problème soulevé par la *Charte* concerne les parties du témoignage dont le policier ne se souvenait pas *soit* au procès, *soit* à la « relecture » le 30 janvier 1997, mais qu’il a néanmoins pu faire porter textuellement au dossier à partir de la transcription exclue. Le ministère public a donc pu déposer indirectement en preuve ce que l’ordonnance d’exclusion lui interdisait de faire directement.

44

45

46

A. *Inadmissibility of the Tape and Transcripts*

47

In *Duarte, supra*, the Court established the principle that the secret recording of a conversation by one of the participants who is an agent of the state is a violation of s. 8 of the *Charter*. It intrudes on a reasonable expectation of privacy and annihilates the very important right to choose the range of our listeners (pp. 44 and 51). In that case, the accused and others discussed a cocaine transaction with an undercover officer and an informer. The conversations were secretly recorded. The officer made notes of the relevant conversations based on his review of the recordings which had not been judicially authorized. The Ontario Court of Appeal, *per* Cory J.A. (as he then was), held that, because the witness was himself a participant in the conversations, there was no violation of s. 8 (reported at (1987), 61 O.R. (2d) 385 (*sub nom. R. v. Sanelli*)). The agent of the state had heard nothing that the accused did not intend him to hear. A similar position had been adopted by the United States Supreme Court in *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

48

This Court took a different view. The expectation of privacy depended on whether in the circumstances “it was reasonable for that person to expect that his or her words would only be heard by the persons he or she was addressing” (p. 47). The law, observed La Forest J., at p. 48,

recognizes that we inherently have to bear the risk of the “tattletale” but draws the line at concluding that we must also bear, as the price of choosing to speak to another human being, the risk of having a permanent electronic recording made of our words.

49

Over the lone dissent of Lamer J., as he then was, this Court in *Duarte* made it clear, at p. 53, that its disagreement with the Ontario Court of Appeal was with the “policy implications” of allowing the police to conduct warrantless surveillance on private citizens. It was no answer that only criminals

A. *Inadmissibilité de l'enregistrement et des transcriptions*

Dans *Duarte*, précité, la Cour a établi le principe que tout enregistrement secret d'une conversation par l'un des interlocuteurs agissant à titre d'agent de l'État constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Cet enregistrement va à l'encontre de l'attente raisonnable en matière de vie privée et annihile le droit extrêmement important qu'est le droit de choisir ses auditeurs (p. 44 et 51). Dans cette affaire, l'accusé et d'autres personnes avaient discuté d'une transaction de cocaïne avec un agent d'infiltration et un indicateur. Les conversations avaient été secrètement enregistrées. L'agent avait pris des notes des conversations pertinentes après avoir écouté les enregistrements non autorisés par un juge. La Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume du juge Cory (plus tard juge de notre Cour), a statué qu'il n'y avait pas eu atteinte à l'art. 8 parce que le témoin lui-même avait pris part aux conversations (décision publiée à (1987), 61 O.R. (2d) 385 (*sub nom. R. c. Sanelli*)). L'agent de l'État n'avait rien entendu de ce que l'accusé ne voulait pas qu'il entende. La Cour suprême des États-Unis avait adopté une position similaire dans *Lopez c. United States*, 373 U.S. 427 (1963).

La Cour n'était pas de cet avis. Relativement à l'attente en matière de vie privée, elle a statué qu'il fallait se demander si, dans les circonstances, « la personne dont les propos ont été enregistrés [...] pouvait raisonnablement s'attendre que ses propos ne soient entendus que par les personnes auxquelles elle les adressait » (p. 47). Comme l'a fait observer le juge La Forest à la p. 48, le droit

reconnaît que nous devons par la force des choses assumer le risque posé par le « rapporteur », mais refuse d'aller jusqu'à conclure que nous devons en outre supporter, comme prix de l'exercice du choix d'adresser la parole à un autre être humain, le risque que soit fait un enregistrement électronique permanent de nos propos.

Malgré l'unique dissidence du juge Lamer (plus tard Juge en chef de notre Cour), la Cour a clairement énoncé dans *Duarte*, p. 53, que son désaccord avec la Cour d'appel de l'Ontario concernait les « répercussions en termes de principe » de l'autorisation accordée à la police de procéder à la

have something to hide. In a free country, social discourse should not be inhibited by a concern that conversations are being secretly recorded and transcribed without lawful independent prior authorization.

The incentive of the police to seek authorization in a *Duarte*-type situation would be diminished, of course, if the resulting exclusion order could be sidestepped by the participant officer simply reading the excluded transcript verbatim into the record.

B. *The Authorization Order*

In this Court the Crown sought a reversal of the trial judge's initial ruling that the authorization for the body-pack had been granted on the basis of insufficient evidence. The reasons for that order are perhaps vulnerable but the Crown declined to raise it before the Court of Appeal as an alternative support for the admissibility of the evidence. No satisfactory explanation was given for this omission.

This is an appeal as of right and the parties properly joined issue on the question of law on which Southin J.A. dissented, namely:

Whether the trial judge erred in admitting the *viva voce* evidence of Sgt. Haslett of his conversation with the Appellant on January 29, 1997, having previously ruled that evidence of the intercept of that same conversation was inadmissible.

The Crown's alternative argument (that the original authorization was valid) would render moot this issue. While the Court has jurisdiction to entertain the Crown's argument, I do not think it is in the interests of the orderly administration of justice to do so on the facts of this case. The Crown, having declined to make that argument in the Court of Appeal, should not be allowed to change its position in an effort to scuttle the appellant's appeal as

surveillance sans mandat de particuliers. Prétendre que seuls les criminels ont quelque chose à cacher n'est pas une justification. Dans un pays libre, on ne devrait pas s'empêcher de participer à des discussions sociales par crainte que les conversations soient secrètement enregistrées et transcrites sans autorisation légale indépendante.

La police serait naturellement moins portée à chercher à obtenir une autorisation dans une situation de type *Duarte* si le policier partie à une conversation pouvait contourner l'ordonnance d'exclusion qui a suivi en lisant tout simplement, mot pour mot, la transcription exclue pour la faire porter au dossier.

B. *L'ordonnance d'autorisation*

Devant la Cour, le ministère public a cherché à faire infirmer le jugement initial du juge du procès, qui avait conclu que l'autorisation du recours au micro-émetteur de poche avait été accordée sans preuve suffisante. Les motifs de l'ordonnance sont peut-être contestables, mais le ministère public n'a pas, comme moyen subsidiaire, soulevé cet argument devant la Cour d'appel à l'appui de l'admissibilité de la preuve. Aucune explication satisfaisante n'a été donnée au sujet de cette omission.

Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit et les parties ont, à bon droit, lié contestation quant à la question de droit sur laquelle le juge Southin avait exprimé sa dissidence :

[TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant le témoignage de vive voix du sergent Haslett au sujet de la conversation qu'il avait eue avec l'appelant le 29 janvier 1997, après avoir conclu que la preuve de l'interception de cette même conversation était inadmissible?

L'argument subsidiaire du ministère public (selon lequel l'autorisation initiale était valide) rendrait cette question théorique. Bien que la Cour ait compétence pour connaître de l'argument, je ne pense pas qu'il soit dans l'intérêt de la bonne administration de la justice de l'examiner compte tenu des faits en l'espèce. Le ministère public, n'ayant pas soulevé cet argument devant la Cour d'appel, ne devrait pas être autorisé à changer de position pour

50

51

52

53

of right. I think that for the purposes of this appeal we should address the issue raised by Southin J.A. on its merits.

C. *Objectionable Portions of the Officer's Evidence*

54

The officer's actual evidence of the conversation at trial covers 34 pages of single-spaced court transcript (as compared with 49 double-spaced pages of the original corrected transcript). An individual blessed with a prodigious memory would not likely claim total recall of such a lengthy discussion and the officer here did not claim a prodigious memory. In the end, his evidence was, as the trial judge anticipated, "basically a recitation to the jury" of what was in the corrected transcript. Much of it purported to be a direct quotation at a level of detail that suggested encyclopaedic recall, including pauses and punctuation:

I said, "Do you want me to explain to you exactly how this is going to work or not?" And there was a pause, and he said, "Yeah, I do." I said, "Huh?" And he said, "Yeah."

55

The account of the murder was put into evidence word for word from the excluded (or "suppressed") transcript:

He said, "Well, yeah, where we live and where it happened, it's quite -- it's quite out of the way." He said, "I hate to say anything." I said, "What's that?" And he said, "I hate to say anything." I said, "Just say it and let's get the deal with, so we can get on with it."

He said, "Well, it was -- it was an accident when it happened." I said, "Great." He said, "The lady was riding a bike and I came around the corner with the truck and she just swerved out and I ran into the back of her. She fell down on the ground. She started fucking rambling on about a whole bunch of stuff and I got fucking scared and had a piece of, I think it was crowbar. And I hit her on the back of the head with it. I threw her in the back of the truck and I threw the bike off into the ditch. And I drove about a mile down the road and then I took her down another side road and threw her into the trees. Took her pants off, just left her laying there so it would

essayer de faire échouer le pourvoi de plein droit de l'appelant. À mon avis, pour les besoins du présent pourvoi, nous devrions nous prononcer sur le fond de la question soulevée par le juge Southin.

C. *Les parties inacceptables du témoignage du policier*

Au procès, la partie du témoignage du policier concernant la conversation représentait 34 pages de transcription à simple interligne (par rapport aux 49 pages à double interligne de la transcription initiale révisée). Une personne dotée d'une mémoire prodigieuse ne prétendrait vraisemblablement pas se rappeler entièrement une si longue conversation. Le policier en l'espèce n'a pas prétendu posséder une telle mémoire. Finalement, comme le juge du procès l'avait prévu, le témoignage du policier était [TRADUCTION] « essentiellement une lecture au jury » du contenu de la transcription révisée. Pour une bonne part, ce témoignage reproduisait directement la transcription avec un niveau de précision tenant d'un souvenir encyclopédique, y compris les pauses et la ponctuation :

[TRADUCTION] J'ai dit : « Veux-tu que je t'explique exactement comment ça va se passer ou pas? » Et il y a eu une pause, puis il a dit : « Ouais, vas-y. » J'ai dit : « Hein? » Et il a répondu : « Ouais. »

La description du meurtre, déposée en preuve, reprenait mot pour mot la transcription exclue (ou « supprimée ») :

[TRADUCTION] Il a dit : « Ben, ouais, là où on vivait et où c'est arrivé, c'est très -- c'est très loin. » Il a dit : « J'ai pas envie de parler. » J'ai dit : « Comment ça? » Et il a dit : « J'ai pas envie de parler. » J'ai dit : « Parle, qu'on conclue l'affaire, et qu'on puisse avancer. »

Il a dit : « Ben, c'était -- c'était d'abord un accident. » J'ai dit : « Parfait. » Il a dit : « Elle roulait à bicyclette et j'ai tourné le coin avec le camion et elle a tout simplement fait une embardée et je l'ai heurtée par derrière. Elle est tombée au sol. Elle a commencé à radopter sur un maudit paquet d'affaires, et j'ai pris peur, et j'avais un bout de quelque chose, une pince monseigneur, je pense. Et c'est avec ça que je l'ai frappée derrière la tête. Je l'ai jetée à l'arrière du camion et j'ai lancé la bicyclette dans le fossé. Puis j'ai roulé pendant environ un mille et j'ai pris une autre route secondaire et je l'ai tirée dans les arbres. Je lui ai enlevé son pantalon, l'ai

look like somebody raped her or something. But I never touched her.”

I said, “Well, great.” I said, “I don’t give a fuck if you touched her or not.” I said, “Great, okay, that’s good.” He said, “My wife -- my wife never knew I even left the yard. It was just a matter of a couple of minutes. I went -- just went down to the dump to check on something.” He said, “She’ll swear on a stack of bibles that I never left the yard because she didn’t know I left.”

In my view, with respect, the courts in British Columbia erred in the conclusion that because the officer had a *substantial* recollection of *parts* of the conversation of January 29th, therefore he was at liberty to provide the jury with what was “basically a recitation” of the whole of the corrected transcript.

I reach this conclusion for the following reasons.

Firstly, the officer’s evidence went well beyond his current recollection at the time of the trial. He clearly remembered the principal elements of the confession, but the wealth of detail recounted in the 34-page recital of his exchanges with the appellant was itself adduced to persuade the jury of the truth of the confession. The police had set aside some of the details of the crime as “hold back” evidence that only the actual killer could be expected to know. As the trial judge noted in his ruling on *voir dire*:

The evidence in question has potential probative value, ranging from significant to overwhelming, depending on what the trier of fact makes of the relationship, if any, between the detail of what the accused had to say as he confessed and evidence tending to reveal, perhaps, what was known only to the killer. [Emphasis deleted.]

Understandably enough, the officer’s present recollection could not provide that level of detail:

A. . . . I can say here today that I have an independent recollection of what Mr. Fliss told me in that hotel room on January 29th regarding the situation I was there to investigate.

simplement laissée là sur le sol pour qu’on ait l’impression que quelqu’un l’a violée ou quelque chose comme ça. Mais je ne l’ai jamais touchée. »

J’ai dit : « Bien, parfait. Je me fous de savoir si tu l’as touchée ou pas. Parfait, OK, c’est bien. » Il a dit : « Ma femme -- ma femme a jamais su que j’ai même mis les pieds hors de la cour. Ça a été seulement une question de minutes. Je suis allé -- simplement allé au dépotoir vérifier quelque chose. » Il a dit : « Elle va jurer sur une pile de bibles que je ne suis jamais sorti de la cour parce qu’elle ne sait pas que je suis sorti. »

À mon sens, et en toute déférence, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont commis une erreur en concluant que le policier, du fait qu’il avait un souvenir *substantiel* de certaines *parties* de la conversation du 29 janvier, pouvait faire au jury [TRADUCTION] « essentiellement une lecture » de l’ensemble de la transcription révisée.

J’arrive à cette conclusion pour les raisons suivantes.

Premièrement, le témoignage du policier dépassait de loin le souvenir qu’il avait de la conversation au moment du procès. Il se rappelait clairement les principaux éléments de l’aveu, mais l’abondance des détails relatés dans les 34 pages du récit de ses échanges avec l’appelant était en soi importante pour convaincre le jury de la véracité de l’aveu. La police s’était gardée d’inclure dans les éléments de preuve certains détails du crime dont seul le vrai meurtrier pouvait avoir connaissance. Comme le juge du procès l’a noté dans sa décision lors du *voir-dire* :

[TRADUCTION] Le témoignage en question peut avoir une valeur probante allant d’importante à écrasante, selon la manière dont le juge des faits interprète le rapport, le cas échéant, entre ce que l’accusé avait à dire dans son aveu et les éléments de preuve tendant, peut-être, à révéler ce que seul le meurtrier savait. [Soulignement omis.]

On comprendra alors que le souvenir du policier au moment du procès ne pouvait révéler des détails de cette précision.

[TRADUCTION]

R. . . . je peux affirmer aujourd’hui que j’ai un souvenir personnel de ce que M. Fliss m’a raconté dans cette chambre d’hôtel, le 29 janvier, sur la situation qui faisait l’objet de mon enquête.

56

57

58

59

Q. Without any mental reference to any of the transcripts?

A. Yes.

Q. Completely without it? You can give us a pure, individual memory without reference to this thing?

A. Not the exact wording, no. But I could give you the gist of what transpired and what was said to me. I may naturally leave some out, however, I can give you the general situation. [Emphasis added.]

60

The prosecution obviously wanted more than “the gist of what transpired” on January 29th or “the general situation”. The officer was quite entitled to attempt to “refresh” his memory by an out-of-court review of the corrected transcript, but in the witness box his testimony had to be sourced in his “refreshed” memory, not the excluded transcript.

61

In short, the problem with the corrected transcript as a stimulus to memory is not that it was itself inadmissible but that it failed to stimulate.

62

Much of the desired detail would not have been available to the prosecution but for the officer’s recitation verbatim of the bulk of the excluded transcript of the unauthorized recording.

63

Secondly, the officer’s testimony does not qualify for admission as “past recollection recorded”. This doctrine would apply only if the prosecutor could satisfy the four *Wigmore* criteria, usefully summarized by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, *per* Kerans J.A., at p. 352:

The basic rule in *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, c. 28, §744 *et seq.* provided:

1. The past recollection, must have been recorded in some reliable way.
2. At the time, it must have been sufficiently fresh and vivid to be probably accurate.

Q. Sans référence mentale à aucune transcription?

R. Oui.

Q. Sans transcription aucune? Vous pouvez nous relater un souvenir personnel précis sans vous référer à la transcription?

R. Non, pas mot pour mot. Mais je peux vous donner l’essentiel de ce qui s’est passé et de ce qui m’a été dit. Évidemment, il se peut que j’omette certains détails, mais je peux vous décrire la situation générale. [Je souligne.]

Il est évident que la poursuite voulait davantage que [TRADUCTION] « l’essentiel de ce qui s’est passé » le 29 janvier ou [TRADUCTION] « la situation générale ». Le policier avait tout à fait le droit d’essayer de se « rafraîchir » la mémoire en examinant la transcription révisée avant sa comparution, mais à la barre des témoins, il devait puiser son témoignage dans sa mémoire « rafraîchie » et non dans la transcription exclue.

Bref, le problème, ce n’est pas que la transcription révisée servant d’aide-mémoire ne soit pas admissible en soi, mais c’est qu’elle n’a pas aidé la mémoire.

La poursuite n’aurait pas disposé de la plupart des détails voulus si le policier n’avait pas lu textuellement la majeure partie de la transcription exclue de l’enregistrement non autorisé.

Deuxièmement, le témoignage du policier n’est pas admissible à titre d’« enregistrement du souvenir ». Cette doctrine ne s’appliquerait que si le ministère public pouvait satisfaire aux quatre critères de *Wigmore*, que la Cour d’appel de l’Alberta a bien résumés dans *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, sous la plume du juge Kerans, à la p. 352 :

[TRADUCTION]

La règle fondamentale dans *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, ch. 28, §744 et suiv. prévoit ce qui suit :

1. L’enregistrement du souvenir doit être fiable.
2. Pour présenter une précision probable, le souvenir doit à l’époque avoir été suffisamment frais et vif.

3. The witness must be able now to assert that the record accurately represented his knowledge and recollection at the time. The usual phrase requires the witness to affirm that he “knew it to be true at the time”.

4. The original record itself must be used, if it is procurable.

To the same effect see *R. v. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527 (Ont. C.A.), at p. 530; *R. v. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37 (N.S.C.A.), at p. 74; *R. v. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284 (Ont. C.A.); J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 928; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, § 279; and P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 36:20221.

Here, the third of *Wigmore*'s requirements was not met. The undercover officer read the transcript the day after the recording, and one would anticipate that at that time he would have had a good recollection of it. Perhaps he did, but the appellant was entitled to hear him swear to it. The result, after all, was that the appellant was confronted with very damaging evidence the detail of which, due to the officer's lack of present recall, could not be effectively cross-examined upon. *Wigmore* gives an example of the sort of explicitness with which his third requirement should be met.

If the witness can say, “I distinctly remember that when I made or saw this memorandum, about the time of the events, I was then conscious of its correctness,” his verification is satisfactory.

(J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3 (Chadbourn rev. 1970), p. 98)

McCormick states “the witness must acknowledge at trial the accuracy of the statement” (p. 246 (emphasis added)). Obviously no particular form of words is required, but the court should not be left to speculate that because the witness *ought* to have remembered whether the record was accurate, therefore the witness *did* so remember, despite his silence as to

3. Le témoin doit être en mesure d'affirmer que l'enregistrement représente exactement sa connaissance et son souvenir à l'époque. Il doit affirmer qu'à l'époque il le « tenait pour véridique », pour reprendre l'expression habituelle.

4. Il faut utiliser l'enregistrement original, s'il est possible de l'obtenir.

Dans la même veine, voir *R. c. McBride* (1999), 133 C.C.C. (3d) 527 (C.A. Ont.), p. 530; *R. c. Eisenhauer* (1998), 123 C.C.C. (3d) 37 (C.A.N.-É.), p. 74; *R. c. Salutin* (1979), 11 C.R. (3d) 284 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 928; *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, § 279; et P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 36:20221.

En l'espèce, on n'a pas satisfait au troisième critère de *Wigmore*. L'agent d'infiltration a lu la transcription le lendemain de l'enregistrement. On s'attendrait à ce qu'il en ait alors eu bon souvenir. Peut-être avait-il un bon souvenir de la conversation, mais l'appelant avait le droit de l'entendre le déclarer sous serment. Après tout, le résultat a été que l'appelant était confronté à un témoignage fort compromettant dont les détails n'ont pu être efficacement soulevés au contre-interrogatoire du policier, celui-ci n'en ayant pas un souvenir contemporain. *Wigmore* donne un exemple du caractère explicite nécessaire pour que soit rempli ce troisième critère :

[TRADUCTION] Si le témoin peut déclarer : « Je me rappelle distinctement que, lorsque j'ai rédigé ou lu cette note, à l'époque des événements en question, j'étais alors conscient de son exactitude », sa vérification est alors satisfaisante.

(J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3 (rév. Chadbourn 1970), p. 98)

McCormick affirme que [TRADUCTION] « le témoin doit reconnaître au procès l'exactitude de la déclaration » (p. 246 (je souligne)). Il est évident qu'aucune formulation particulière ne s'impose; mais le tribunal ne doit pas avoir à présumer que le témoin, du fait qu'il *aurait dû* se rappeler si l'enregistrement de son souvenir était exact, en *avait* réel-

whether he did so or not. The admission of past recollection recorded but no longer remembered is an exceptional procedure and the conditions precedent to its reception should be clearly satisfied.

65 While the officer clearly recalled more on January 30th than he did at trial 17 months later, his evidence was that on January 30th he “corrected” the transcript based only on *partial* recall:

I could recall parts of it and put corrections in it that may have been inaudible on the tape. [Emphasis added.]

Counsel for the appellant argues that the reference to only “parts” is confirmed by his analysis of the excluded transcript:

[T]here are 89 places throughout the 50 page transcript where the word “inaudible” appears, none of which were filled in. Throughout the transcript, there are 20 editing revisions, 16 of which relate to actions, and 4 of which relate to statements. Of those 4 revisions, none relate to a specific statement by either party.

66 It is those parts of the conversation that he did *not* remember on January 30, 1997 but that were nevertheless put into evidence against the appellant that violate the *Charter* protection because, as to *those* parts, the sole basis of the officer’s testimony was the unauthorized tape and excluded transcript.

67 In the third place, I do not agree, with respect, that the issue here is one of “form”. It is true that in his initial ruling the trial judge excluded evidence about the confession in the “form” of a tape or transcript, and this ruling did not preclude the Crown from establishing the same facts by another route. However, the only other route suggested was the recollection of the officer. The deficiencies in that recollection, which the officer conceded with candour and forthrightness, precluded him from reading into the record 34 pages of damaging detail from the excluded transcript. These were matters of substance, not form.

lement souvenir, même s’il ne dit rien à ce sujet. L’admission d’un enregistrement du souvenir, que le témoin ne se rappelle plus, fait l’objet d’une procédure exceptionnelle et il faut clairement respecter les conditions préalables prévues à cette fin.

Bien que le policier ait clairement eu un meilleur souvenir le 30 janvier qu’au moment du procès, soit 17 mois plus tard, il a témoigné qu’il avait « révisé » la transcription le 30 janvier en se fondant uniquement sur son souvenir *partiel* des événements :

[TRADUCTION] Je me rappelais certaines parties et j’ai apporté des corrections aux parties de l’enregistrement qui auraient pu être inaudibles. [Je souligne.]

L’avocat de l’appelant allègue que l’analyse de la transcription exclue vient confirmer que le souvenir portait seulement sur des « parties » :

[TRADUCTION] [L]e mot « inaudible » apparaît à 89 endroits dans la transcription de 50 pages, et aucun de ces blancs n’a été rempli. La transcription comporte 20 corrections, dont 16 relatives à des actes et 4 à des déclarations. De ces 4 corrections, aucune ne se rapporte à une déclaration particulière de l’une des parties.

Ce sont ces parties de la conversation dont le policier *ne* se souvenait *pas* le 30 janvier 1997, mais qui ont néanmoins été produites en preuve contre l’appelant, qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*. En effet, en ce qui concerne *ces* parties, le témoignage du policier se fondait uniquement sur l’enregistrement non autorisé et sur la transcription exclue.

Troisièmement, en toute déférence, je ne suis pas d’accord que la question en l’espèce se rapporte à la « forme ». Certes, dans sa décision initiale, le juge du procès avait exclu la preuve de l’aveu présentée sous « forme » d’enregistrement ou de transcription, et cette décision n’avait pas empêché le ministre public de faire la preuve de ces faits par un autre moyen. Cependant, le seul autre moyen utilisé était le souvenir que le policier avait de la conversation. Or, les lacunes dans son souvenir, que le policier a reconnues en toute franchise, l’empêchaient de faire porter au dossier, par son témoignage, les 34 pages de détails compromettants qui reprenaient la transcription exclue. Ce sont là des questions qui relèvent de la substance et non de la forme.

Accordingly, on the facts of this particular case, a significant portion of the detail that was recited by the officer into the record cannot be considered to be his recollection (either refreshed, revived or recorded) but the corrected transcript of the January 29th conversation that, for the reasons given in *Duarte, supra*, was obtained in breach of s. 8 of the *Charter*.

D. Can the Wrongful Admission of the Evidence Be Cured by Application of the s. 686(1)(b)(iii) Proviso?

In *Duarte* the Court proceeded directly from a finding of the s. 8 breach to a consideration under s. 24(2) of the *Charter* of whether the evidence ought nevertheless to be admitted.

The Crown on the other hand raises the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* “if necessary”. I do not think that where there has been a *Charter* breach with respect to the collection of evidence, the Crown can avoid the s. 24(2) analysis by going directly to the proviso which provides that notwithstanding an error of law the appeal may be dismissed if the Court “is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. The proviso addresses a miscarriage of justice in the particular case. Section 24(2) deals with the balance between individual rights and *Charter* rights and the overall reputation of the administration of justice.

My colleague Arbour J. contends that this was a “trivial” error (para. 11) in an evidentiary ruling by the trial judge. In my view, the issue is not whether the error was trivial or colossal. The issue is that in the result the jury heard details of a confession that covered 34 pages of damaging transcript sourced not in the officer’s memory but in the excluded tape recording.

While I would not revisit the trial judge’s decision to set aside the authorization order, for the reasons already mentioned, I do not feel any such inhibition about revisiting his subsequent s. 24(2) exclusion

Par conséquent, compte tenu des faits de l’espèce, un grand nombre de détails rapportés à l’audience par le policier ne peuvent être considérés comme provenant de son souvenir (rafraîchi, ravivé ou consigné), mais plutôt de la transcription révisée de la conversation du 29 janvier qui, pour les motifs exposés dans *Duarte*, précité, a été obtenue en violation de l’art. 8 de la *Charte*.

D. Peut-on remédier à l’admission injustifiée d’éléments de preuve par application de la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii)?

Dans *Duarte*, après avoir conclu à une violation de l’art. 8, la Cour a directement entrepris d’examiner si les éléments devaient néanmoins être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le ministère public soulève par ailleurs le recours, « au besoin », à la disposition réparatrice, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsqu’il y a eu violation de la *Charte* dans le cadre de la collecte d’éléments de preuve, je ne crois pas que le ministère public puisse éviter l’analyse fondée sur le par. 24(2) en invoquant directement l’application de la disposition réparatrice, qui prévoit que, malgré une erreur de droit, la cour d’appel peut rejeter l’appel si elle « est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La disposition réparatrice vise dans ce cas particulier une erreur judiciaire. Le paragraphe 24(2) a trait à l’équilibre entre les droits individuels et les droits garantis par la *Charte* et à la considération dont jouit l’administration de la justice.

Ma collègue le juge Arbour affirme qu’il s’agit d’une erreur « négligeable » (par. 11) dans la décision du juge du procès en matière de preuve. À mon avis, il ne s’agit pas de savoir si l’erreur est négligeable ou colossale. Le problème est qu’en fin de compte le jury a entendu des détails d’un aveu qui couvrent 34 pages de transcription compromettante provenant non pas du souvenir du policier mais de l’enregistrement exclu.

Je ne revisiterai pas la décision du juge du procès d’annuler l’ordonnance d’autorisation, pour les raisons déjà mentionnées, mais je n’hésite pas à revisiter l’ordonnance d’exclusion qu’il a par la suite

68

69

70

71

72

order with respect to the transcript because the exclusion of the evidence, as distinguished from the validity of the authorization order, was the subject matter of Southin J.A.'s dissent.

73 The message of s. 24(2) of the *Charter* is that, even if admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would not create a substantial wrong or miscarriage of justice to a particular accused, the court must nevertheless consider whether, "having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". The appellant says the disrepute arises because the officer did indirectly what the *Charter* says he could not do directly, and thereby rendered both the *Charter* protection meaningless and prior judicial authorizations superfluous.

74 Following the path laid out in the *Charter* and in *Duarte* (p. 59), I think we are obliged to consider under s. 24(2) whether the detailed rendition of the body-pack evidence ought to have been excluded on *Charter* grounds. If so, the conviction would have to be quashed as urged in Southin J.A.'s dissent.

E. Application of Section 24(2)

75 The conclusion that the officer's evidence contravened s. 8 of the *Charter* does not, of course, render it inadmissible: *Duarte, supra*; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Stillman, supra*. Section 24(2) provides that evidence obtained in violation of the *Charter* "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". While the constitutional direction is to balance *all* of the circumstances, these circumstances are generally grouped around three primary considerations:

1. Does the admission of the evidence affect the fairness of the trial?
2. How serious was the *Charter* breach?

rendue en vertu du par. 24(2) au sujet de la transcription, car la dissidence du juge Southin portait sur l'exclusion de la preuve et non sur la validité de l'ordonnance d'autorisation,

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* comporte le message suivant : même si l'admission de certains éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* ne produirait aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave pour un accusé donné, le tribunal doit néanmoins examiner si « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». L'appellant soutient qu'il y a déconsidération de l'administration de la justice puisque le policier a fait indirectement ce que la *Charte* lui interdit de faire directement. De ce fait, la protection qu'offre la *Charte* n'a plus aucun sens et les autorisations judiciaires préalables sont superflues.

Suivant le cheminement préconisé dans la *Charte* et dans *Duarte* (p. 59), je pense que nous sommes tenus d'examiner en vertu du par. 24(2) si le compte rendu détaillé de la preuve obtenue par micro-émetteur de poche aurait dû être écarté pour des motifs fondés sur la *Charte*. Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité devrait être annulée, comme le recommande le juge Southin dans ses motifs dissidents.

E. L'application du par. 24(2)

La conclusion que le témoignage du policier contrevient à l'art. 8 de la *Charte* ne le rend naturellement pas inadmissible (*Duarte*, précité; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Stillman*, précité). En effet, le par. 24(2) prévoit que les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* « sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Bien que les principes constitutionnels établissent qu'il faut soupeser *toutes* les circonstances, celles-ci se groupent généralement autour de trois principaux facteurs :

1. L'admission de la preuve compromet-elle l'équité du procès?
2. Quelle est la gravité de la violation de la *Charte*?

3. What would be the effect of excluding the evidence on the repute of the administration of justice?

On the first question, the Court has held that “[a] fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused”: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, *per* McLachlin J., as she then was, at para. 45. The proper balance in respect of the first question was further analysed in *Stillman*, *supra*, which set out a two-stage approach. The first stage requires courts to classify the evidence as either conscriptive or non-conscriptive. If the evidence is classified as conscriptive, the second stage then requires the party seeking to admit the evidence to prove on a balance of probabilities that the evidence could have been discovered by alternative, non-conscriptive means. In explaining how to differentiate between conscriptive and non-conscriptive evidence, Cory J. rejected the importance earlier attached by some judges to the difference between real evidence and *viva voce* evidence. He stated, at para. 77:

The crucial element which distinguishes non-conscriptive evidence from conscriptive evidence is not whether the evidence may be characterized as “real” or not. Rather, it is whether the accused was compelled to make a statement or provide a bodily substance in violation of the *Charter*.

Stillman established that the key issue on the first branch of the test is “the manner in which the evidence was obtained” (para. 119).

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples. [*Stillman*, para. 80]

3. Quelle serait l’incidence de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice?

En ce qui a trait à la première question, la Cour a statué qu’un « procès équitable est celui qui répond à l’intérêt qu’a le public à connaître la vérité, tout en préservant l’équité fondamentale en matière de procédure pour l’accusé » (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, le juge McLachlin (plus tard Juge en chef de notre Cour), par. 45). L’arrêt *Stillman*, précité, a analysé de manière plus approfondie le juste équilibre à atteindre au regard de la première question, établissant une approche en deux étapes. Suivant la première étape, les tribunaux doivent qualifier la preuve de preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même ou de preuve non obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même. Dans le premier cas, la partie qui cherche à faire admettre la preuve doit, lors d’une seconde étape, démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve aurait pu être découverte autrement que par mobilisation de l’accusé contre lui-même. En expliquant comment distinguer ces deux types de preuve, le juge Cory a rejeté l’importance que certains juges accordaient auparavant à la différence entre une preuve matérielle et une preuve de vive voix. Voici ce qu’il écrit à cet égard au par. 77 :

L’élément crucial qui distingue la preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même de celle obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même n’est pas de savoir si la preuve peut être qualifiée de « matérielle ». Il s’agit plutôt de savoir si l’accusé a été forcé de faire une déclaration ou de fournir une substance corporelle en violation de la *Charte*.

Pour ce qui est de la première étape de l’approche, l’arrêt *Stillman* a établi que l’élément primordial est « la manière dont [la preuve] a été obtenue » (par. 119).

La preuve est obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même lorsque l’accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s’incriminer sur l’ordre de l’État au moyen d’une déclaration, de l’utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles. [*Stillman*, par. 80]

76

77

78 The proper focus at this stage is therefore on the actions involved in obtaining the evidence rather than on the form in which the evidence exists.

79 Applying the above principles to this case, it is clear that the appellant was not detained nor was he compelled to confess to the murder. Instead, the confession was freely volunteered to someone the appellant thought was just another influential crook. The *Charter* breach (the secret recording) neither caused nor contributed to the appellant's statements. The appellant may, from his point of view, reflect with hindsight that he chose his friends unwisely, something which the *Charter* cannot purport to protect him against (*Duarte, supra*, at p. 41), but the officer heard nothing that the appellant did not intend him to hear. Moreover, as noted by Hall J.A., the existence of the statements was not contingent on the grant of the impugned authorization since the police would have proceeded with the undercover operation with or without the recording device, and the officer would, in either event, have heard what the appellant had to say.

80 In a similar case involving the unauthorized recording of a conversation by a police participant, *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422, the full Court, *per* Cory J., found the recorded evidence to be non-conscriptive. In that case, the accused, a lawyer, initiated a scheme in which he would pay police officers to refer impaired driving cases to him. The evidence against the accused included statements he had made to an undercover officer wearing a hidden recording device. As the officer had failed to obtain prior authorization to record the conversation, the recording contravened s. 8 of the *Charter*. In concluding that the admission of this evidence would not affect the fairness of the trial, Cory J. observed, at para. 55, that the accused "could not by any stretch of the imagination be said to have been conscripted into incriminating himself in these conversations" (emphasis added).

Par conséquent, à cette étape-ci, il convient de se concentrer plutôt sur la façon dont la preuve a été obtenue que sur la forme sous laquelle elle existe.

Selon les principes susmentionnés, il est clair que l'appelant n'a pas été détenu ni forcé à avouer le meurtre. Il a plutôt de lui-même fait des aveux à une personne qu'il croyait simplement être un autre escroc influent. La violation de la *Charte* (l'enregistrement secret) n'a ni donné lieu ni contribué à ses déclarations. De son point de vue, l'appelant peut penser, avec le recul, qu'il a mal choisi ses amis, ce à l'égard de quoi la *Charte* ne peut le protéger (*Duarte, précité*, p. 41), mais le policier n'a rien entendu de ce que l'appelant ne voulait pas qu'il entende. Par ailleurs, comme le juge Hall l'a noté, l'existence des déclarations n'était pas tributaire de l'obtention de l'autorisation contestée, car la police aurait entrepris l'opération secrète avec ou sans dispositif d'enregistrement et le policier aurait de toute façon entendu ce que l'appelant avait à dire.

Dans une affaire semblable, *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, où il est question de l'enregistrement non autorisé d'une conversation par un policier qui était l'un des interlocuteurs, le juge Cory, au nom de l'ensemble de la Cour, a jugé que la preuve sous forme d'enregistrement ne constituait pas une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même. Dans cette affaire, l'accusé, un avocat, avait établi un stratagème par lequel il verserait une somme d'argent aux policiers qui lui enverraient des cas de conduite avec facultés affaiblies. La preuve contre l'accusé comprenait des déclarations qu'il avait faites à un agent d'infiltration muni d'un dispositif d'enregistrement caché. Le policier n'ayant pas obtenu d'autorisation préalable, l'enregistrement de la conversation contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. Concluant que l'admission de cette preuve ne compromettrait pas l'équité du procès, le juge Cory a fait observer que, « [m]ême en faisant un gros effort d'imagination, on ne peut dire que [l'accusé] a été forcé de s'incriminer dans ces conversations » (par. 55 (je souligne)).

Wijesinha was cited with approval by the majority in *Stillman*, at para. 96, as being “an example of a situation where evidence obtained in violation of a *Charter* right was admitted because there was no compulsion”.

It is not entirely clear from the report of *Wijesinha* how much independent recollection of the conversation the policeman retained at the time of the trial. Here, it is important to remember, the undercover officer to whom the statements were volunteered recalled at the time of trial all the most significant elements of what was said. The officer’s evidence on that point at trial, previously reproduced at para. 44, was so striking as to warrant repetition:

Well, it’s not every day that someone comes to you in a hotel room and sits down and has a one-on-one conversation with you explaining how they killed someone, disposed of their bike in the bush, hit them with a crowbar while they were still alive, drove down a road with the deceased in the truck, dragged her into the bush, took her spandex shorts off to make it look as though it might be a rape, purposely throw those spandex shorts across the road behind some logs and then go home. It’s not every day someone will sit down and tell you that.

With respect to the additional detail provided by verbatim recitation from the transcript, we cannot now know (because the officer did not know) precisely what “parts” the officer recalled when he looked at the transcript the day after the confession and what “parts” he did not recall at that time. What is important is that all of the essential elements of the confession were still present in the officer’s mind at the date of the trial.

I therefore conclude, on the first question, that the admission of the additional detail, despite its 34-page length, did not affect the fairness of the trial.

On the second question, the seriousness of the *Charter* breach, it is beyond dispute that the police officers acted in good faith. They applied for and received prior judicial authorization for the surreptitious recording. The authorization was not quashed

Dans *Stillman*, par. 96, les juges majoritaires ont cité avec approbation l’arrêt *Wijesinha* en le qualifiant d’« exemple de cas où la preuve obtenue en violation d’un droit garanti par la *Charte* a été admise parce qu’il n’y avait pas eu de contrainte ».

Il ne ressort pas très clairement de l’arrêt *Wijesinha* dans quelle mesure le policier, au moment du procès, a un souvenir personnel de la conversation. En l’espèce, il importe de se rappeler que l’agent d’infiltration à qui les déclarations ont été faites librement se souvenait au procès de tous les éléments les plus importants de ce qui a été dit. Le témoignage du policier sur ce point au procès, déjà reproduit au par. 44, est si frappant qu’il mérite d’être répété :

[TRADUCTION] C’est que ce n’est pas tous les jours que quelqu’un vient vous voir dans une chambre d’hôtel, s’assoit et vous explique en tête à tête comment il a tué une personne, s’est débarrassé de sa bicyclette dans les buissons, l’a frappée avec une pince monseigneur alors qu’elle était encore en vie, est parti avec la défunte dans son camion, l’a traînée dans les buissons, a enlevé son short en spandex pour faire croire à un viol, a délibérément lancé le short de l’autre côté de la route, derrière des rondins, puis est rentré chez lui. Ce n’est pas tous les jours que quelqu’un va s’asseoir pour vous raconter tout cela.

Pour ce qui est des détails additionnels fournis par la lecture textuelle de la transcription, nous ne pouvons maintenant déterminer exactement (parce que le policier ne le savait pas) quelles sont les « parties » dont celui-ci se souvenait lors de son examen de la transcription le lendemain de l’aveu et quelles sont les « parties » qu’il ne se rappelait plus à ce moment-là. Ce qui importe, c’est que l’ensemble des éléments essentiels de l’aveu aient été encore frais à sa mémoire à la date du procès.

En ce qui concerne la première question, je conclus donc que l’admission des détails additionnels, malgré les 34 pages qu’ils représentent, n’a pas compromis l’équité du procès.

Quant à la deuxième question, à savoir la gravité de la violation de la *Charte*, la bonne foi des policiers est incontestable. Ils ont demandé et reçu au préalable l’autorisation judiciaire de procéder subrepticement à l’enregistrement. L’autorisation n’a pas été

81

82

83

84

because of false statements or misstatements in the supporting affidavit. The trial judge simply disagreed with the authorizing judge about the sufficiency of the allegations. This is a stronger case for the Crown than *Duarte* itself where the evidence gathered in violation of s. 8 of the *Charter* was nevertheless admitted because the breach “stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event” (p. 60). Here the officers correctly understood the law and, in the opinion of the authorizing judge, they had complied with it.

85

Moreover, the appellant’s act of volunteering these statements to the officer indicates a low expectation of privacy. A greatly reduced expectation of privacy in a s. 8 case should have “a significant impact on the trial judge’s assessment of the seriousness of the breach”: *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, at para. 40. Here the appellant intended disclosure of the facts of the victim’s murder (though not, of course, his identity). His expectation was that the information should eventually be disclosed in the courts through the mouth of a substitute accused. Disclosure of his identity was achieved not through the unauthorized recording but by the undercover officer himself based on his unaided present recollection.

86

On the third question, I believe that *exclusion* of the officer’s testimony of his conversation of January 29th would itself bring the administration of justice into disrepute. Murder is the most serious of crimes. This murder was particularly brutal and senseless. The appellant freely confessed his guilt to someone he thought was a partner in crime in what he thought was an act of enlightened self-interest. The exclusion of the tape and transcript did not make the confession disappear and nor should it have done so. The key elements of the confession were available from the undercover officer with or without the benefit of the corrected transcripts. He would have been unshakeable on the most damaging

annulée en raison de déclarations fausses ou inexactes dans l’affidavit déposé à l’appui de la demande d’autorisation. Le juge du procès est simplement en désaccord avec le juge saisi de la demande d’autorisation quant à la suffisance des allégations. Il s’agit en l’espèce d’un cas encore plus favorable pour le ministère public que *Duarte*, où la preuve obtenue en violation de l’art. 8 de la *Charte* avait néanmoins été admise du fait que la violation « découlait d’une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l’accusé soit reconnu coupable » (p. 60). Ici, les policiers ont correctement compris le droit et, de l’avis du juge saisi de la demande d’autorisation, ils s’y sont conformés.

En outre, le fait que l’appelant a de lui-même fait ces déclarations au policier démontre une faible attente en matière de vie privée. Une attente beaucoup moindre en matière de vie privée dans le contexte de l’art. 8 devrait avoir « une incidence marquée sur l’évaluation, par le juge du procès, de la gravité de la violation » (*R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, par. 40). En l’espèce, l’appelant avait l’intention de révéler les faits du meurtre de la victime (mais non son identité, bien sûr). Il s’attendait à ce que l’information soit ultérieurement divulguée en cour par l’entremise d’un autre accusé. L’identité de l’appelant avait été divulguée non pas au moyen de l’enregistrement non autorisé, mais par l’agent d’infiltration lui-même à partir de son seul souvenir contemporain.

Pour ce qui est de la troisième question, j’estime que l’*exclusion* du témoignage du policier au sujet de la conversation du 29 janvier déconsidérerait en soi l’administration de la justice. Le meurtre est le crime le plus grave. Ce meurtre était particulièrement brutal et gratuit. L’appelant a librement avoué sa culpabilité à quelqu’un qu’il croyait être un « partenaire dans le crime », pensant servir ainsi son intérêt personnel de façon ingénieuse. L’exclusion de l’enregistrement et de la transcription n’a pas fait disparaître l’aveu, et ce, à juste titre. Le policier pouvait témoigner quant aux principaux éléments de l’aveu avec ou sans les transcriptions révisées. Il aurait été inébranlable sur les aspects les plus

points in the confession, corroborated by his January 30th visit to the crime scene with the appellant as his guide. In short, the appellant has not established that, having regard to all the circumstances, admission of the truthful, accurate and complete details of his voluntary statements into evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Duarte established an important aspect of privacy rights which must not be undermined by allowing the state to introduce unauthorized “participant” wiretaps under the guise of an undercover policeman’s “notes”. We should affirm the s. 8 protection laid down in *Duarte*, but acknowledge that where the issue is the admissibility of evidence, s. 8 rights are not to be read in isolation from s. 24(2), as the Court affirmed in *Duarte* itself and in *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, *R. v. Solomon*, [1997] 3 S.C.R. 696, and in other cases.

It must be remembered that *Duarte* was decided on very broad policy grounds. At a time when participant surveillance using body-packs was not regulated by the *Criminal Code*, this Court’s concern was with the inhibition of social discourse amongst Canadians generally, and not particularly amongst those with criminal proclivities, as is evident in some of the judicial dicta adopted in that case (at pp. 50, 52 and 54):

Few of us would ever speak freely if we knew that all our words were being captured by machines for later release before an unknown and potentially hostile audience. No one talks to a recorder as he talks to a person.

[T]he relevant question is not whether criminals must bear the risk of warrantless surveillance, but whether it should be imposed on all members of society.

Were third-party bugging a prevalent practice, it might well smother that spontaneity -- reflected in frivolous, impetuous, sacrilegious, and defiant discourse -- that liberates daily life.

dommageables de l’aveu, corroboré par sa visite, le 30 janvier, du lieu du crime, avec l’appelant pour guide. Bref, l’appelant n’a pas démontré que, eu égard aux circonstances, l’admission en preuve des détails véridiques, exacts et complets de ses déclarations volontaires déconsidérerait l’administration de la justice.

L’arrêt *Duarte* a établi un aspect important du droit à la vie privée qu’il ne faut pas miner en autorisant l’État à introduire, sous prétexte qu’il s’agit des « notes » d’un agent d’infiltration, un enregistrement électronique non autorisé, effectué par un « participant » à la conversation. Nous devrions confirmer la protection de l’art. 8 établie dans *Duarte*. Toutefois, nous devons aussi reconnaître que, dans le cas où la question en litige porte sur l’admissibilité de la preuve, les droits garantis par cet article doivent être interprétés non pas isolément, mais en fonction du par. 24(2), comme la Cour l’a affirmé notamment dans *Duarte* et dans *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, et *R. c. Solomon*, [1997] 3 R.C.S. 696.

Il ne faut pas oublier que l’affaire *Duarte* a été tranchée selon des principes très généraux. À une époque où la surveillance participative par micro-émetteur de poche n’était pas réglementée par le *Code criminel*, la Cour craignait que les Canadiens en général, et non particulièrement les personnes ayant une propension au crime, ne s’empêchent de participer à des discussions sociales. C’est ce qui ressort de certaines des remarques incidentes que la Cour a fait siennes dans cet arrêt (aux p. 50, 52 et 54) :

[TRADUCTION] Peu d’entre nous parleraient franchement si nous savions que tous nos propos sont interceptés par des machines en vue de leur diffusion ultérieure devant un auditoire inconnu et peut-être hostile. Personne ne parle à un magnétophone comme il parle à un être humain.

[L]a question pertinente n’est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d’une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société.

Si l’écoute électronique par des tiers était une pratique répandue, elle pourrait étouffer cette spontanéité -- reflétée dans les propos frivoles, vifs, sacrilèges et provocants -- qui est la manifestation de la liberté dans la vie quotidienne.

87

88

89

The Ontario Court of the Appeal in *Duarte* was gently admonished for having put the focus too narrowly on those people engaged in “illegal activities” (p. 53). This Court acknowledged the force of the Crown’s argument that it might be seen to be anomalous to allow the participant to give *viva voce* evidence from memory of the conversation but exclude an accurate tape recording of the same conversation. Nevertheless, the Court adopted the view that the risk of unauthorized electronic recording is not part of our common experience “and it should not be thrust upon us” (p. 50 (emphasis deleted)). This broader policy focus puts *Duarte* in proper perspective when it comes to exclusion of evidence in a criminal trial. Section 24(2) requires a balancing exercise on the facts of each particular case. In *Duarte* itself, the evidence obtained in breach of s. 8 was ultimately admitted after consideration under s. 24(2). On the facts of this case as well, s. 24(2) ought not to be applied to exclude the testimony. This does not nullify the s. 8 protection. It gives it the measured effect in terms of the admissibility of evidence which the *Charter*, read as a whole, intended it to have. In another case, the s. 24(2) hurdle may not be so readily surmounted.

V. Conclusion

90

The appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Dans *Duarte*, la Cour a reproché à la Cour d’appel de l’Ontario de s’être trop limitée aux personnes se livrant à des « activités illégales » (p. 53). Elle a reconnu le poids de l’argument du ministère public selon lequel il pourrait paraître anormal d’autoriser le participant à témoigner de vive voix de mémoire relativement à la conversation et d’exclure un enregistrement précis de cette même conversation. Cependant, la Cour a estimé que le risque de l’enregistrement électronique non autorisé n’est pas implanté dans notre vie quotidienne et qu’« on ne devrait pas nous l’imposer » (p. 50 (soulignement omis)). Ce principe général remplace l’arrêt *Duarte* dans son contexte lorsqu’il s’agit d’exclure des éléments de preuve dans un procès criminel. Le paragraphe 24(2) exige un exercice de pondération suivant les faits propres à chaque cas. Dans *Duarte*, les éléments de preuve obtenus en violation de l’art. 8 ont finalement été admis en preuve après un examen fondé sur le par. 24(2). D’après les faits de l’espèce, le par. 24(2) ne peut non plus être appliqué de façon à exclure le témoignage. Cette interprétation n’invalide pas pour autant la protection qu’offre l’art. 8. Elle lui confère, du point de vue de l’admissibilité des éléments de preuve, l’effet mesuré que la *Charte*, prise dans son ensemble, visait à lui conférer. Dans une autre affaire, il ne sera peut-être pas aussi facile de surmonter l’obstacle que représente le par. 24(2).

V. Conclusion

Je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l’intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ford Ward *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec,
the Attorney General for Alberta,
the Attorney General of Newfoundland
and the International Fund for Animal
Welfare Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: WARD v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

Neutral citation: 2002 SCC 17.

File No.: 27717.

2001: October 31; 2002: February 22.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Fisheries — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal fisheries power — Constitution Act, 1867, ss. 91(12), 92(13) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Criminal law — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

Section 27 of the *Marine Mammal Regulations* prohibits the sale, trade or barter of young harp seals and hooded seals, referred to respectively as whitecoats and bluebacks. W held a commercial sealing licence issued under the *Fisheries Act* which permitted him to harvest hooded and harp seals. On a seal hunt in 1996, W

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ford Ward *Intimé*

et

**Le procureur général du Québec,
le procureur général de l'Alberta, le
procureur général de Terre-Neuve et le
Fonds international pour la protection des
animaux inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WARD c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2002 CSC 17.

N^o du greffe : 27717.

2001 : 31 octobre; 2002 : 22 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Pêcheries — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de pêcheries? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), 92(13) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Droit criminel — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins* interdit la vente, l'échange ou le troc des jeunes phoques du Groenland et des jeunes phoques à capuchon, respectivement appelés blanchons et jeunes à dos bleu. W était titulaire d'un permis de chasse commerciale au phoque délivré en vertu de la *Loi sur les pêches* et

harvested approximately 50 seals, including a number of bluebacks. He was charged with selling blueback pelts contrary to s. 27 of the Regulations. W argued that s. 27 was *ultra vires* Parliament. Trial proceedings were suspended pending the outcome of the constitutional challenge. The trial judge upheld s. 27 as a valid exercise of the federal fisheries power under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. The majority of the Court of Appeal allowed W's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Section 27 of the *Marine Mammal Regulations* is *intra vires* Parliament under the fisheries power. The purpose of s. 27 is to control the killing of bluebacks and whitecoats by prohibiting their sale, thus making it largely pointless to harvest them. Parliament's object is to regulate the seal fishery by eliminating the commercial hunting of these seals, while at the same time allowing for a limited harvesting for non-commercial purposes. The prohibition exists in the context of a scheme that is concerned with the overall "management and control" of the marine fisheries resource. It is not directed at controlling commerce or property but rather is designed to curtail a hunt that was damaging the economic viability of the sealing industry and the fisheries resource in general. The method chosen to curtail the commercial harvest of bluebacks and whitecoats may be imperfect, but efficacy is not a valid consideration in the pith and substance analysis. Moreover, to argue that because the legislative measure is a prohibition on sale, it must be in pith and substance concerned with the regulation of sale, confuses the purpose of s. 27 with the means chosen to achieve it. Viewed in the context of the legislation as a whole and the legislative history, there is nothing to suggest that Parliament was trying to regulate the local market for trade of seals and seal products. Section 27 is in pith and substance concerned with the management of the Canadian fishery and falls within the federal fisheries power. The federal power over fisheries is not confined to conserving fish stocks, but extends more broadly to maintenance and preservation of the fishery as a whole, including its economic value.

Although broad, the fisheries power is not unlimited. Parliament must respect the provincial power over property and civil rights. Whether a matter best conforms to

l'autorisant à capturer des phoques à capuchon et des phoques du Groenland. Lors d'une expédition de chasse au phoque en 1996, W a capturé une cinquantaine de phoques, dont un certain nombre de jeunes à dos bleu. Il a été accusé d'avoir vendu des peaux de jeunes à dos bleu, en contravention de l'art. 27 du Règlement. W a fait valoir que l'art. 27 excédait la compétence du Parlement. Le procès auquel ont donné lieu les accusations a été suspendu en attendant l'issue de la contestation constitutionnelle. Le juge de première instance a confirmé que l'art. 27 représentait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de pêcheries conférée par le par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de W.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins* est conforme à la compétence du Parlement en matière de pêcheries. Cet article vise à enrayer l'abattage des jeunes à dos bleu et des blanchons en interdisant leur vente, rendant ainsi leur capture largement inutile. L'objectif du Parlement est de réglementer la pêche au phoque en éliminant la chasse commerciale au blanchon et au jeune à dos bleu, tout en permettant une capture limitée de ces animaux à des fins non commerciales. L'interdiction fait partie d'un régime axé sur « la gestion et la surveillance » globales de la ressource halieutique. Elle vise à restreindre non pas le commerce ou la propriété, mais plutôt une chasse préjudiciable à la viabilité économique de l'industrie de la chasse au phoque et à la ressource halieutique en général. La méthode choisie pour réduire la chasse commerciale au jeune à dos bleu et au blanchon n'est peut-être pas parfaite, mais l'efficacité n'est pas une considération valable dans l'analyse du caractère véritable. De plus, l'argument voulant qu'une mesure législative constituant une interdiction de vente porte nécessairement, de par son caractère véritable, sur la réglementation de la vente confond l'objet de l'art. 27 avec les moyens choisis pour réaliser cet objet. D'après le contexte de la mesure législative dans son ensemble et son historique législatif, rien n'indique que le Parlement tentait de réglementer le marché local du commerce du phoque et des produits du phoque. De par son caractère véritable, l'art. 27 a trait à la gestion des pêches canadiennes et relève de la compétence fédérale en matière de pêcheries. La compétence fédérale en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation des stocks de poisson, mais s'étend de façon plus générale au maintien et à la préservation de la pêche dans son ensemble, y compris sa valeur économique.

Bien qu'elle soit vaste, la compétence en matière de pêcheries n'est pas illimitée. Le Parlement doit respecter la compétence provinciale en matière de propriété

a subject within federal or provincial jurisdiction cannot be determined by drawing a line between federal and provincial powers on the basis of conservation or sale. The activity at stake must be examined to determine whether the matter regulated is related in pith and substance to the federal fisheries power or the provincial power over property and civil rights. Here, since s. 27 is vitally connected to protecting the economic viability of the Canadian fishery as a whole, it is a valid federal measure. This result fully respects the provinces' constitutional right to control property and civil rights.

Section 27 does not fall within the federal criminal law jurisdiction. While a prohibited act and a penalty are present, it does not possess a valid criminal law purpose.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457, aff'd [1930] A.C. 111; *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 244, aff'd in part [1989] 1 F.C. 335; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*,

et de droits civils. Pour décider si une matière correspond davantage à un chef de compétence fédérale ou provinciale, on ne peut pas se contenter de tracer une ligne de démarcation entre les compétences fédérale et provinciale, selon qu'il est question de conservation ou de vente. Il faut examiner l'activité en cause afin de déterminer si, de par son caractère véritable, la matière réglementée est liée à la compétence fédérale en matière de pêcheries ou à la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. En l'espèce, l'art. 27 est une mesure fédérale valide étant donné qu'il est essentiellement lié à la protection de la viabilité économique des pêches canadiennes dans leur ensemble. Ce résultat respecte parfaitement le droit constitutionnel des provinces de régir la propriété et les droits civils.

L'article 27 ne relève pas de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Bien qu'il comporte une interdiction et une peine, il ne vise aucun objectif de droit criminel valide.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Northern Telecom Canada Liée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179; *The Queen c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457, conf. par [1930] A.C. 111; *Mark Fishing Co. c. United Fishermen & Allied Workers' Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 244, conf. en partie par [1989] 1 C.F. 335; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980]

[1997] 1 S.C.R. 12; *Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 2 F.C. 93, rev'g [1984] 2 F.C. 398; *British Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1976] 1 F.C. 375, aff'd on other grounds, [1978] 2 S.C.R. 97; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *R. v. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736; *R. v. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Barry's Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91, 91(12), 91(27), 92, 92(13).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, ss. 43, 78.
Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, ss. 2(1) "blueback", "whitecoat", 3, 27.

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Seals and the Sealing Industry in Canada. *Seals and Sealing in Canada*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2001, release 1).
 Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 172, 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, 556 A.P.R. 295, [1999] N.J. No. 336 (QL), allowing the respondent's appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1997), 152 D.L.R. (4th) 363, 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, 481 A.P.R. 313, [1997] N.J. No. 208 (QL). Appeal allowed.

David Meadows and Paul Adams, for the appellant.

V. Randell J. Earle, Q.C., and *Stephen Willar*, for the respondent.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

2 R.C.S. 292; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Gulf Trollers Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1987] 2 C.F. 93, inf. [1984] 2 C.F. 398; *British Columbia Packers Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail*, [1976] 1 C.F. 375, conf. pour d'autres motifs, [1978] 2 R.C.S. 97; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158; *R. c. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736; *R. c. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Barry's Ltd. c. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 91(12), 91(27), 92, 92(13).
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 43, 78.
Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 2(1) « blanchon », « jeune à dos bleu », 3, 27.

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les phoques et l'industrie de la chasse au phoque au Canada. *Les phoques et la chasse au phoque au Canada*, vol. 1. Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell (updated 2001, release 1).
 Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas : Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto : Butterworths, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 182 D.L.R. (4th) 172, 183 Nfld. & P.E.I.R. 295, 556 A.P.R. 295, [1999] N.J. No. 336 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1997), 152 D.L.R. (4th) 363, 155 Nfld. & P.E.I.R. 313, 481 A.P.R. 313, [1997] N.J. No. 208 (QL). Pourvoi accueilli.

David Meadows et Paul Adams, pour l'appelante.

V. Randell J. Earle, c.r., et *Stephen Willar*, pour l'intimé.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

S. H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submissions only by *Harold J. Porter*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

Clayton C. Ruby, for the intervener the International Fund for Animal Welfare Inc.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

This appeal concerns the federal and provincial division of powers set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. It focuses on the constitutionality of a federal regulation prohibiting the sale of young hooded and harp seals. The issue is whether this prohibition falls under the federal government's power to legislate in relation to sea coast and inland fisheries or the criminal law, in which case it is valid, or whether it falls under the provincial power over property and civil rights, in which case it is invalid.

For the reasons that follow, I conclude that the regulation is valid federal legislation under the fisheries power. The federal power over fisheries is not confined to conserving fish stocks, but extends to the management of the fisheries as a public resource. This resource has many aspects, one of which is to yield economic benefits to its participants and more generally to all Canadians. The prohibition on the sale of young hooded and harp seals was designed to curtail a hunt that was damaging the economic viability of the sealing industry and the fisheries resource in general. This brings the regulation within the fisheries power.

S. H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Harold J. Porter*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Clayton C. Ruby, pour l'intervenant le Fonds international pour la protection des animaux inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi a trait au partage des compétences fédérales et provinciales établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il porte sur la constitutionnalité d'un règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland. Il s'agit de savoir si cette interdiction relève de la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur, ou en matière de droit criminel, auquel cas elle est valide, ou si elle relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, auquel cas elle est invalide.

Pour les motifs qui suivent, je conclus que le règlement en cause est une mesure législative fédérale valide en vertu de la compétence en matière de pêcheries. La compétence fédérale en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation des stocks de poisson, mais s'étend à la gestion des pêcheries en tant que ressource publique. Cette ressource comporte de nombreuses facettes, dont l'une est de générer des avantages économiques pour ceux et celles qui participent à son exploitation et, de façon plus générale, pour tous les Canadiens et les Canadiennes. L'interdiction de vendre des jeunes phoques à capuchon et des jeunes phoques du Groenland visait à restreindre une chasse préjudiciable à la viabilité économique de l'industrie de la chasse au phoque et à la ressource halieutique en général. Voilà pourquoi le règlement relève de la compétence en matière de pêcheries.

1

2

II. Facts

3 Ford Ward is a licensed fisherman and sealer who resides in La Scie, a town on the north coast of Newfoundland. During the period in question, he held a commercial sealing licence issued under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, which permitted him to harvest hooded and harp seals. During March and April of 1996, Ward engaged in the seal hunt off the northeast coast of Newfoundland in an area known as “the Front”. On the voyage in question, Ward harvested approximately 50 seals, a number of which included hooded “blueback” seals.

4 On November 20, 1996, Ward was charged with selling blueback seal pelts contrary to s. 27 of the *Marine Mammal Regulations*, SOR/93-56 (the “*Regulations*”), which prohibits the sale, trade or barter of whitecoat and blueback seals. Ward applied to the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, for a declaration that s. 27 was *ultra vires* the Parliament of Canada. The parties agreed to suspend trial proceedings on the charges pending the outcome of the constitutional challenge.

5 Young harp and hooded seals, respectively referred to as whitecoats and bluebacks, are named after the colour of their coats. A harp seal is born with a yellowish-white coat that it retains until it moults, which can occur up to three weeks after its birth. Unlike the harp seal, a hooded seal moults its white fur prior to birth while still in the womb. A hooded seal is thus born with bluish colour fur which it retains from 16 to 30 months, after which the seal moults for a second time. After the hooded seal has completely moulted its blue coat, it is no longer considered to be a blueback.

6 Both hooded and harp seals birth their offspring in a 10-day period in late March of each year. Births

II. Les faits

Ford Ward est titulaire d’un permis de pêche et de chasse au phoque. Il réside à La Scie, un village de la côte nord de Terre-Neuve. Pendant la période en cause, il était titulaire d’un permis de chasse commerciale au phoque délivré en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et l’autorisant à capturer des phoques à capuchon et des phoques du Groenland. Pendant les mois de mars et d’avril 1996, M. Ward s’est livré à la chasse au phoque au large de la côte nord-est de Terre-Neuve, dans une zone appelée « région du Front ». Au cours de cette expédition, M. Ward a capturé une cinquantaine de phoques, dont des jeunes phoques à capuchon ou « jeunes à dos bleu ».

Le 20 novembre 1996, M. Ward a été accusé d’avoir vendu des peaux de jeunes à dos bleu, en contravention de l’art. 27 du *Règlement sur les mammifères marins*, DORS/93-56 (le « *Règlement* »), qui interdit la vente, l’échange ou le troc de blanchons et de jeunes à dos bleu. Monsieur Ward a demandé à la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve de rendre un jugement déclarant que l’art. 27 excédait la compétence du Parlement du Canada. Les parties ont convenu de suspendre le procès auquel ont donné lieu les accusations, en attendant l’issue de la contestation constitutionnelle.

Les jeunes phoques du Groenland et les jeunes phoques à capuchon, respectivement appelés blanchons et jeunes à dos bleu, doivent leur nom à la couleur de leur pelage. Le phoque du Groenland naît avec un pelage blanc jaunâtre qu’il conserve jusqu’à la mue, qui peut survenir jusqu’à trois semaines après sa naissance. Contrairement au phoque du Groenland, le phoque à capuchon mue dans le ventre de sa mère et perd ainsi sa fourrure blanche avant même de naître. Il naît donc avec un pelage bleuâtre qu’il conserve pendant une période de 16 à 30 mois, jusqu’à sa deuxième mue. Une fois qu’il a perdu complètement son pelage bleu, le phoque à capuchon n’est plus considéré comme un jeune à dos bleu.

Les phoques à capuchon et les phoques du Groenland mettent bas pendant une période de 10

at the Front occur on the pack ice, which in effect becomes a whelping platform. A harp seal will wean either before or immediately after the moult, and most of the period that a harp seal is a whitecoat is spent on the pack ice where it is easily recognizable. In contrast, a blueback seal is weaned between four and six days after birth, and does not remain on the ice for very long afterwards. Thus, while the harp seal is a whitecoat for no more than three weeks, most of which is spent on the ice, the hooded seal can be a blueback for 16 to 30 months, with only days spent on the ice.

After bluebacks leave the ice and take to water, their identification becomes difficult. The hunt is largely conducted from boats with small crews, as sealers are not permitted to harvest in the whelping patches on the ice. The majority of seals are shot with a rifle while they are in the water. The identification problem arises from the fact that a blueback is not recognizable as such once it is in the water; its dark head is not distinguishable in colour or size from the dark heads of other seals. Thus, the seal hunter does not know for sure whether the seal head bobbing up and down in the water is a blueback until it is killed and brought aboard the vessel. However, if sealers are harvesting in a concentration of bluebacks, this fact should quickly become apparent in the course of the hunt.

The past 30 years have seen vigorous anti-sealing campaigns directed largely at the killing of seal pups at the Front and in the Gulf of St. Lawrence. In 1983, the Council of the European Communities issued a directive banning the import of whitecoat and blueback skins. A second directive in 1985 extended the ban to October 1989. The campaigns all but destroyed the traditional markets for Canadian seal products and threatened to spread to other fish products, particularly canned fish. In June of 1984, the federal government established the Royal Commission on Seals and the Sealing

jours, chaque année, à la fin mars. Dans la région du Front, les femelles donnent naissance à leurs petits sur la banquise, qui devient en fait une aire de mise bas. Le phoque du Groenland est sevré avant ou immédiatement après la mue, et les blanchons restent la plupart du temps sur la banquise, où ils sont facilement reconnaissables. Par contre, le jeune à dos bleu est sevré de quatre à six jours après sa naissance, et ne reste pas longtemps sur la banquise par la suite. Ainsi, tandis que le phoque du Groenland n'est un blanchon que pendant une période de trois semaines tout au plus, qu'il passe en majeure partie sur la banquise, le phoque à capuchon peut être un dos bleu pendant 16 à 30 mois, et ne passer que quelques jours seulement sur la banquise.

Lorsque les jeunes à dos bleus quittent la banquise pour aller dans l'eau, il devient difficile de les identifier. Étant donné que les chasseurs de phoques n'ont pas le droit de chasser dans les aires de mise bas sur la banquise, la chasse se fait surtout à partir de bateaux dans lesquels prennent place de petits équipages. La plupart des phoques sont tués à la carabine pendant qu'ils sont dans l'eau. Le problème d'identification émane du fait qu'il est impossible de reconnaître le jeune à dos bleu lorsqu'il est dans l'eau; sa tête foncée a la même couleur et la même grosseur que celle des autres phoques. Par conséquent, le chasseur de phoques ne sait pas avec certitude si la tête de phoque qui monte et qui descend dans l'eau est celle d'un jeune à dos bleu, tant qu'il n'a pas tué et hissé l'animal à bord du bateau. Cependant, il est en mesure de le constater rapidement s'il chasse à un endroit où sont concentrés plusieurs jeunes à dos bleu.

Au cours des 30 dernières années, des campagnes agressives ont été menées principalement contre l'abattage de phoques nouveau-nés dans la région du Front et dans le golfe du Saint-Laurent. En 1983, le Conseil des Communautés européennes a communiqué une directive interdisant l'importation des peaux de blanchons et de jeunes à dos bleu. Une deuxième directive en 1985 a prolongé l'interdiction jusqu'en octobre 1989. Ces campagnes ont pour ainsi dire causé l'effondrement des marchés traditionnels des produits du phoque canadiens et menacé de s'étendre à d'autres produits du poisson,

7

8

Industry in Canada, also known as the Malouf Commission. In light of the circumstances surrounding the campaigns and the market threat to other fish products, the Malouf Commission recommended in its Report that the large-scale commercial hunting of whitecoats and bluebacks “should not be permitted”, and non-commercial hunting, “to the extent that it occurs at all, should be carefully regulated and strictly limited” (*Seals and Sealing in Canada* (1986), vol. 1, at p. 40).

9 The government responded by passing new regulations, including the ban on the sale, trade or barter of whitecoats and bluebacks here at issue.

III. Judgments

10 Wells J. of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division upheld s. 27 of the *Regulations* as a valid exercise of the federal government’s fisheries power: (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313. He held that the federal fisheries power extended beyond conservation to more general socio-economic goals. Curtailing the excessive killing of young seals to “achieve national objectives” (para. 41) fell within this power. Section 27 was in pith and substance directed at this purpose. The *Regulations* do not prohibit the killing of bluebacks because of the difficulty of their identification in the water. As a practical solution, the federal government chose to control the killing of the bluebacks and whitecoats by prohibiting their sale, thus making it largely pointless to harvest them. While acknowledging that a prohibition on sale may be an imperfect method of regulation, Wells J. found on the evidence that a prohibition on the killing of bluebacks would simply not work.

notamment le poisson en conserve. En juin 1984, le gouvernement fédéral a établi la Commission royale sur les phoques et l’industrie de la chasse au phoque au Canada, également connue sous le nom de commission Malouf. À la lumière des circonstances entourant les campagnes et la menace pour le marché des autres produits du poisson, la commission Malouf a recommandé, dans son rapport, que la chasse sur grande échelle au blanchon et au jeune à dos bleu pratiquée à des fins commerciales « ne [soit] pas [. . .] autorisée », et que la chasse non commerciale, « dans la mesure où elle est pratiquée, [soit] rigoureusement réglementée et strictement limitée » (*Les phoques et la chasse au phoque au Canada* (1986), vol. 1, p. 38).

Le gouvernement a réagi par l’adoption de nouvelles dispositions réglementaires, dont l’interdiction de vendre, d’échanger ou de troquer des blanchons et des jeunes à dos bleu, dont il est question en l’espèce.

III. Les jugements

Le juge Wells de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve a confirmé que l’art. 27 du *Règlement* représentait un exercice valide de la compétence du gouvernement fédéral en matière de pêcheries : (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 313. Selon lui, la compétence fédérale en matière de pêcheries ne se limitait pas à la conservation et visait des objectifs socio-économiques plus généraux. La réduction de l’abattage excessif de jeunes phoques afin de [TRADUCTION] « réaliser des objectifs nationaux » (par. 41) relevait de cette compétence. De par son caractère véritable, l’art. 27 visait cet objectif. Le *Règlement* n’interdit pas l’abattage de jeunes à dos bleu parce qu’ils sont difficiles à reconnaître dans l’eau. Comme mesure concrète, le gouvernement fédéral a décidé d’enrayer l’abattage des jeunes à dos bleu et des blanchons en interdisant leur vente, rendant ainsi leur capture largement inutile. Tout en reconnaissant que l’interdiction de vente peut constituer un mode de réglementation imparfait, le juge Wells a conclu, à partir de la preuve, qu’une interdiction d’abattre les jeunes à dos bleu ne donnerait tout simplement aucun résultat.

The majority of the Newfoundland Court of Appeal, *per* Marshall J.A., reversed Wells J. and held s. 27 of the *Regulations* invalid: (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295. Marshall J.A. rejected the argument that the purpose of banning the trade in bluebacks is to prevent the killing of baby seals for their pelts, which is inherently cruel, morally wrong and hence a proper subject of criminal control. He also rejected the argument that the prohibition fell under the federal fisheries power. In his view, the fisheries power was confined to issues of conservation, and legislation enacted for “socio-economic” reasons was simply too broad a description for division of powers purposes. The prohibition was the antithesis of conservation, since it would result in leaving dead seals in the water. Hence it did not fall under the fisheries power.

O’Neill J.A. dissented, holding like Wells J. that the fisheries power was broad enough to extend beyond conservation to the general regulation of the fisheries resource for the common good, and that prohibiting sale virtually eliminated the harvest of young seals. He concluded that the purpose of s. 27 “is not to control the sale of seal pelts for its own sake” (para. 120), but to discourage commercial taking of bluebacks and whitecoats. In his view, s. 27 was in pith and substance in relation to the federal fisheries power, and it was unnecessary to consider whether s. 27 could be classified in relation to the criminal law power.

IV. Legislation

The federal and provincial division of powers is set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Section 91 grants exclusive legislative authority to the Parliament of Canada for all matters in relation to sea coast and inland fisheries (s. 91(12)), and the

S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de Terre-Neuve, le juge Marshall a infirmé la décision du juge Wells et conclu que l’art. 27 du *Règlement* était invalide : (1999), 183 Nfld. & P.E.I.R. 295. Le juge Marshall a rejeté l’argument voulant que l’interdiction du commerce des jeunes à dos bleu vise à empêcher l’abattage des bébés phoques pour leur fourrure, qui serait fondamentalement cruel et moralement répréhensible et qui pourrait donc légitimement tomber sous le coup du droit criminel. Il a aussi rejeté l’argument selon lequel l’interdiction relevait de la compétence fédérale en matière de pêcheries. Selon lui, la compétence en matière de pêcheries se limitait à des questions de conservation, et la mesure législative adoptée pour des motifs « socio-économiques » représentait simplement une description trop générale pour les besoins du partage des compétences. L’interdiction était l’antithèse de la conservation puisqu’elle entraînerait l’abandon de phoques morts dans l’eau. Elle ne relevait donc pas de la compétence en matière de pêcheries.

Le juge O’Neill, dissident, a conclu, à l’instar du juge Wells, que la compétence en matière de pêcheries était suffisamment vaste pour englober, outre la conservation, la réglementation générale de la ressource halieutique pour le bien commun, et que l’interdiction de vente éliminait pour ainsi dire la capture de jeunes phoques. Il a décidé que l’art. 27 visait [TRADUCTION] « non pas à enrayer la vente de peaux de phoque en soi » (par. 120), mais à décourager la capture commerciale de jeunes à dos bleu et de blanchons. Il a estimé que, de par son caractère véritable, l’art. 27 avait trait à la compétence fédérale en matière de pêcheries, et qu’il n’était pas nécessaire de se demander s’il pouvait être rattaché à la compétence en matière de droit criminel.

IV. Les dispositions législatives

Le partage des compétences fédérales et provinciales est établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’article 91 prévoit que l’autorité législative exclusive du Parlement du Canada s’étend à toutes les matières relatives aux pêcheries

11

12

13

criminal law (s. 91(27)). Section 92 specifies that the legislature in each province may exclusively make laws in relation to property and civil rights in the province (s. 92(13)).

14 The relevant portions of the *Regulations* made under the authority of s. 43 of the *Fisheries Act* are as follows:

2. (1) . . .

“blueback” means a hooded seal that has not moulted its blue coat;

“whitecoat” means a harp seal that has not begun to moult its white coat.

. . .

27. No person other than a beneficiary shall sell, trade or barter a whitecoat or blueback.

V. Issue

15 The issue on this appeal is whether the federal regulation prohibiting the sale, trade or barter of blueback seals is a valid exercise of the federal fisheries power or the federal criminal law power.

VI. Analysis

16 In order to resolve the issue posed by this appeal, we must determine whether s. 27, in pith and substance, falls under the federal power over fisheries or the criminal law. The pith and substance analysis asks two questions: first, what is the essential character of the law? Second, does that character relate to an enumerated head of power granted to the legislature in question by the *Constitution Act, 1867*? See *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; see also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273. We must address these questions first with respect to the federal fisheries power,

des côtes de la mer et de l’intérieur (par. 91(12)) et au droit criminel (par. 91(27)). L’article 92 précise que, dans chaque province, la législature peut exclusivement faire des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans la province (par. 92(13)).

Les dispositions pertinentes du *Règlement* pris en vertu de l’art. 43 de la *Loi sur les pêches* sont les suivantes :

2. (1) . . .

« blanchon » Phoque du Groenland qui n’a pas commencé à muer et dont le pelage est encore blanc.

« jeune à dos bleu » Phoque à capuchon qui n’a pas mué et dont le pelage est encore bleu.

. . .

27. Il est interdit à quiconque n’est pas un bénéficiaire de vendre, d’échanger ou de troquer un blanchon ou un jeune à dos bleu.

V. La question en litige

Il s’agit en l’espèce de déterminer si le règlement fédéral interdisant la vente, l’échange ou le troc de jeunes à dos bleu est un exercice valide de la compétence fédérale en matière de pêcheries ou de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

VI. Analyse

Pour répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi, il faut déterminer si, de par son caractère véritable, l’art. 27 relève de la compétence fédérale en matière de pêcheries ou de la compétence fédérale en matière de droit criminel. L’analyse du caractère véritable comporte deux questions : premièrement, quel est le caractère essentiel de la loi? Deuxièmement, ce caractère se rapporte-t-il à l’un des chefs de compétence attribués au législateur en question par la *Loi constitutionnelle de 1867*? Voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, et l’arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; voir également les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, et *Whitbread c. Walley*, [1990]

second with respect to the federal criminal law power.

A. The Pith and Substance of Section 27 of the Regulations in Relation to the Fisheries Power

(1) The Essential Character of the Law

The first task in the pith and substance analysis is to determine the pith and substance or essential character of the law. What is the true meaning or dominant feature of the impugned legislation? This is resolved by looking at the purpose and the legal effect of the regulation or law: see *Reference re Firearms Act, supra*, at para. 16. The purpose refers to what the legislature wanted to accomplish. Purpose is relevant to determine whether, in this case, Parliament was regulating the fishery, or venturing into the provincial area of property and civil rights. The legal effect refers to how the law will affect rights and liabilities, and is also helpful in illuminating the core meaning of the law: see *Reference re Firearms Act, supra*, at paras. 17-18; *Morgentaler, supra*, at pp. 482-83. The effects can also reveal whether a law is “colourable”, i.e. does the law in form appear to address something within the legislature’s jurisdiction, but in substance deal with a matter outside that jurisdiction?: see *Morgentaler, supra*, at p. 496. In oral argument, Ward expressly made clear that he is not challenging the law on the basis of colourability.

The pith and substance analysis is not technical or formalistic: see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-12. It is essentially a matter of interpretation. The court looks at the words used in the impugned legislation as well as the background and circumstances surrounding its enactment: see *Morgentaler, supra*, at p. 483; *Reference re Firearms Act, supra*, at para. 17. In conducting this analysis, the court should not be concerned with the efficacy of the law or

3 R.C.S. 1273. Il faut répondre à ces questions d’abord en ce qui concerne la compétence fédérale en matière de pêcheries et ensuite en ce qui concerne la compétence fédérale en matière de droit criminel.

A. Le caractère véritable de l’art. 27 du Règlement relativement à la compétence en matière de pêcheries

(1) Le caractère essentiel de la loi

La première étape de l’analyse du caractère véritable consiste à déterminer le caractère véritable ou essentiel de la loi. Quelle est le sens véritable ou la caractéristique dominante de la mesure législative attaquée? Pour répondre à cette question, il faut examiner l’objet et l’effet juridique du règlement ou de la loi en cause : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 16. L’objet désigne ce que le législateur a voulu accomplir. Il est pertinent pour déterminer si, en l’espèce, le Parlement réglementait les pêcheries ou s’il s’aventurait dans le domaine de compétence provinciale de la propriété et des droits civils. L’effet juridique désigne la façon dont la loi influe sur des droits et des obligations, et il est également utile pour comprendre le sens premier de la loi : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17-18, et l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 482-483. Les effets peuvent également indiquer si une loi comporte un « motif déguisé », c’est-à-dire montrer que même si, de par sa forme, la loi paraît porter sur un sujet relevant de la compétence du législateur, elle porte, au fond, sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence : voir l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 496. Dans sa plaidoirie, M. Ward a précisé clairement que sa contestation de la loi n’était pas fondée sur l’existence d’un motif déguisé.

L’analyse du caractère véritable n’est ni technique, ni formaliste : voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-12. Il s’agit essentiellement d’une question d’interprétation. Les tribunaux examinent les termes employés dans la mesure législative attaquée, de même que le contexte et les circonstances dans lesquels cette mesure a été adoptée : voir l’arrêt *Morgentaler*, précité, p. 483, et le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 17. Lorsqu’il

17

18

whether it achieves the legislature's goals: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 44, *per* La Forest J.; *Reference re Firearms Act*, *supra*, at para. 18.

procède à cette analyse, le tribunal ne devrait pas se préoccuper de l'efficacité de la loi ou de la question de savoir si elle permet de réaliser les objectifs du législateur : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 44, le juge La Forest; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 18.

19 Section 27 of the *Regulations*, read alone, is simply a prohibition of sale, trade or barter, suggesting it might fall within the provincial rather than federal domain. However, we cannot stop at this point. We must go further. What is the purpose of s. 27, and what is its effect? How does it fit into the regulatory scheme as a whole? The question is not whether the *Regulations* prohibit the sale so much as why it is prohibited.

L'article 27 du *Règlement*, pris isolément, ne fait qu'interdire la vente, l'échange ou le troc, ce qui pourrait porter à croire qu'il relève de la compétence des provinces et non pas de la compétence fédérale. Cependant, nous ne pouvons pas nous arrêter là. Il nous faut aller plus loin. Quel est l'objet de l'art. 27 et quel en est l'effet? Quel rôle joue-t-il dans l'ensemble du régime de réglementation? La question n'est pas tant de savoir si le *Règlement* interdit la vente que de savoir pourquoi celle-ci est interdite.

20 To answer this question, we need go no further than the findings of the trial judge. Wells J. found that the purpose of s. 27 of the *Regulations* was to control the killing of bluebacks and whitecoats by prohibiting their sale, thus making it largely pointless to harvest them. In other words, the prohibition on sale, trade or barter is directed not to controlling commerce, but to preventing the harvesting of these seals.

Pour répondre à cette question, il suffit d'examiner les conclusions du juge de première instance. Le juge Wells a conclu que l'art. 27 du *Règlement* visait à enrayer l'abattage des jeunes à dos bleu et des blanchons en interdisant leur vente, rendant ainsi leur capture largement inutile. En d'autres termes, l'interdiction de vendre, d'échanger ou de troquer vise non pas à enrayer le commerce, mais plutôt à empêcher la capture de ces phoques.

21 This purpose is clear from both the *Regulations* as a whole and the legislative history. As discussed, s. 27 of the *Regulations* was adopted in response to the Malouf Commission, which recommended that the commercial harvest of bluebacks and whitecoats be curtailed. The reaction to this harvest destroyed the traditional seal markets and was threatening the markets for Canadian fish products abroad.

Cet objet ressort clairement tant du *Règlement* dans son ensemble que de l'historique législatif. Comme nous l'avons vu, l'art. 27 du *Règlement* a été adopté à la suite de la commission Malouf, qui avait recommandé la réduction de la chasse commerciale au jeune à dos bleu et au blanchon. Les réactions à cette chasse avaient causé l'effondrement des marchés traditionnels du phoque et menaçaient les marchés des produits canadiens du poisson à l'étranger.

22 The method the government chose to curtail the commercial harvest of bluebacks and whitecoats was a prohibition on their sale, trade or barter. This, as Wells J. found, was because prohibiting the killing of bluebacks simply would not have worked. The seals are harvested while in the sea by hunters on boats. It is impossible to distinguish bluebacks from other seals in the water. Not until a blueback is brought aboard the boat does the seal hunter know that he has taken one. When this happens, the

Afin de réduire la chasse commerciale au jeune à dos bleu et au blanchon, le gouvernement a choisi d'interdire la vente, l'échange ou le troc de ces animaux. Selon le juge Wells, cela s'expliquait par le fait qu'une interdiction d'abattre les jeunes à dos bleu n'aurait tout simplement donné aucun résultat. Les phoques sont capturés en mer par des chasseurs qui sont à bord de bateaux. Il est impossible de distinguer les jeunes à dos bleu des autres phoques lorsqu'ils sont dans l'eau. Ce n'est qu'au moment

seal hunter knows that the seals in the area are bluebacks. Since he cannot sell, trade or barter bluebacks, he will stop killing them. This will tend to stop the commercial harvest of bluebacks, as recommended by the Malouf Commission. As Wells J. conceded, the method chosen may be imperfect. However, it is the only practical method for curtailing the commercial taking of bluebacks. In any event, as noted, the efficacy of the law is not a valid consideration in the pith and substance analysis.

Situating s. 27 in its context supports the view that it is neither directed at property nor at trade, but at curtailing the commercial hunting of bluebacks and whitecoats. The *Regulations* are enacted under the authority of s. 43 of the *Fisheries Act*, which permits the government to make regulations “for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries” and “respecting the conservation and protection of fish” (emphasis added). This notion of “management and control” of the fisheries is again reflected in s. 3 of the *Regulations*. The *Regulations* as a whole are concerned not with property, but with generally regulating the fishery, including details as to who may kill (with exemptions for Indians, Inuk and “beneficiaries” under certain aboriginal claim settlements), methods of killing, quotas and seasons for killing, allowable fishing areas, reporting duties, and provisions for observation of the seal fishery. Included are restrictions on the disposition of the edible parts of cetaceans or walruses, narwhal tusks and the prohibition on the sale, trade or barter of whitecoats and bluebacks at issue here. In short, the prohibition we are concerned with exists in the context of a scheme that is concerned with the overall “management and control” of the marine fisheries resource.

où il hisse un jeune à dos bleu à bord du bateau que le chasseur de phoques sait qu’il en a capturé un. Le cas échéant, il sait que les phoques qui se trouvent dans cette zone sont des jeunes à dos bleu. Comme il ne peut pas vendre, échanger ou troquer des jeunes à dos bleu, il ne les abattra plus. Cela contribuera à mettre fin à la chasse commerciale au jeune à dos bleu, conformément à la recommandation de la commission Malouf. Comme l’a reconnu le juge Wells, il se peut que la méthode choisie ne soit pas parfaite. Il n’en demeure pas moins que c’est la seule façon concrète de réduire la capture commerciale des jeunes à dos bleu. De toute façon, rappelons-le, l’efficacité de la loi n’est pas une considération valable dans l’analyse du caractère véritable.

Le fait de situer l’art. 27 dans son contexte permet de confirmer qu’il n’est pas axé sur la propriété ou le commerce, mais qu’il vise plutôt la réduction de la chasse commerciale au jeune à dos bleu et au blanchon. Le *Règlement* est pris en vertu de l’art. 43 de la *Loi sur les pêches*, qui habilite le gouvernement à prendre des règlements « concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches en eaux côtières et internes » et « concernant la conservation et la protection du poisson » (je souligne). Cette notion de « gestion et [de] surveillance » des pêches se retrouve à l’art. 3 du *Règlement*. Le *Règlement* dans son ensemble n’a pas trait à la propriété, mais vise à réglementer de manière générale les pêches. Il précise notamment qui peut abattre (des exceptions étant prévues en ce qui concerne les Indiens, les Inuks et les « bénéficiaires » aux termes de certains règlements des revendications des peuples autochtones), en plus de comporter des dispositions concernant les méthodes d’abattage, les contingents, les saisons pendant lesquelles l’abattage est autorisé, les zones de pêche, l’obligation de présenter des rapports et l’observation de la pêche au phoque. Y sont également formulées des restrictions quant à la façon de disposer des parties comestibles d’un cétacé ou d’un morse ou des défenses de narval, ainsi que l’interdiction de vendre, d’échanger ou de troquer des blanchons ou des jeunes à dos bleu, dont il est question en l’espèce. Bref, l’interdiction qui nous intéresse fait partie d’un régime axé sur « la gestion et la surveillance » globales de la ressource halieutique.

24

I conclude that Parliament's object was to regulate the seal fishery by eliminating the commercial hunting of whitecoats and bluebacks through a prohibition on sale, while at the same time allowing for limited harvesting of these animals for non-commercial purposes. Stated another way, the "mischief" that Parliament sought to remedy was the large-scale commercial hunting of whitecoats and bluebacks. This was done to preserve the economic viability of not only the seal fishery, but the Canadian fisheries in general.

25

Turning to the effects of the legislation, s. 27 affects the legal rights of its subjects by prohibiting the sale of whitecoats and bluebacks that have otherwise been legally harvested. Ward submits that the legal effect of s. 27 is to regulate the property and processing of a harvested seal product. The argument amounts to saying that because the legislative measure is a prohibition on sale, it must be in pith and substance concerned with the regulation of sale. This confuses the purpose of the legislation with the means used to carry out that purpose. Viewed in the context of the legislation as a whole and the legislative history, there is nothing to suggest that Parliament was trying to regulate the local market for trade of seals and seal products. Ward's argument that s. 27 is directed at regulating an already processed product because the seals are skinned and the meat preserved on the vessel similarly confuses the purpose of s. 27 with the means chosen to achieve it.

26

Ward also argues that the "close time" variation method would better avoid newborn seals being killed on the ice and the negative reaction the government was seeking to avoid than a prohibition on sale. This argument also fails. As previously mentioned, an inquiry into efficacy does not advance the pith and substance inquiry. The purpose of legislation cannot be challenged by proposing an alternate, allegedly better, method for achieving that purpose.

Je conclus que l'objectif du Parlement était de réglementer la pêche au phoque en éliminant la chasse commerciale au blanchon et au jeune à dos bleu grâce à une interdiction de vente, tout en permettant une capture limitée de ces animaux à des fins non commerciales. En d'autres termes, le « mal » auquel le Parlement a voulu remédier était la chasse sur grande échelle au blanchon et au jeune à dos bleu pratiquée à des fins commerciales. Il a agi dans le but de préserver la viabilité économique non seulement de la pêche au phoque, mais aussi des pêches canadiennes en général.

Quant aux effets de la mesure législative, l'art. 27 influe sur les droits des personnes qui y sont assujetties en interdisant la vente de blanchons et de jeunes à dos bleu qui ont, par ailleurs, été capturés légalement. Monsieur Ward fait valoir que l'art. 27 a pour effet juridique de réglementer la propriété et la transformation d'un produit de phoque capturé. Cet argument revient à dire que, parce que la mesure législative est une interdiction de vente, elle porte nécessairement, de par son caractère véritable, sur la réglementation de la vente. C'est là confondre l'objet de la mesure législative avec les moyens choisis pour réaliser cet objet. D'après le contexte de la mesure législative dans son ensemble et son historique législatif, rien n'indique que le Parlement tentait de réglementer le marché local du commerce du phoque et des produits du phoque. L'argument de M. Ward voulant que l'art. 27 vise à réglementer un produit déjà transformé, du fait que les phoques sont écorchés et que leur viande est conservée à bord des bateaux, confond de la même façon l'objet de l'art. 27 avec les moyens choisis pour réaliser cet objet.

Monsieur Ward prétend aussi qu'il vaudrait mieux recourir à la méthode consistant à modifier les « périodes de fermeture » qu'à une interdiction de vente pour éviter que des phoques nouveau-nés ne soient tués sur la banquise et pour prévenir la réaction négative que le gouvernement cherchait à éviter. Cet argument ne peut pas non plus être retenu. Comme nous l'avons vu, l'efficacité n'est pas une considération utile dans l'analyse du caractère véritable. On ne peut pas contester l'objet d'une mesure législative en proposant une autre méthode, qui serait meilleure, pour atteindre cet objet.

Finally, Ward submits that the purpose of s. 27 — saving Canada's markets for seal products — had already eroded by the time it was introduced in 1993, citing the Malouf Commission in support. This is a variant on the efficacy argument. It was for the government to determine if a problem existed and if the means chosen would address it. Moreover, the evidence shows that the danger of damage to other sea products, like canned fish, continued to exist at the time the *Regulations* were adopted.

I conclude that the s. 27 prohibition on sale is essentially concerned with curtailing the commercial hunting of whitecoats and bluebacks for the economic protection of the fisheries resource. As such, it is in pith and substance concerned with the management of the Canadian fishery.

(2) Does the Pith and Substance of Section 27 of the *Regulations* Fall within the Federal Fisheries Power?

Having determined the pith and substance of s. 27, we must ask whether it fits within the federal fisheries power. This requires us to consider the scope of the fisheries power and its relationship to the provincial power over property and civil rights. More precisely, does the fisheries power extend beyond measures relating to conservation to the management of the resource to preserve its economic viability?

Before examining the scope of the federal fisheries power in relation to property and civil rights, it may be useful to consider the principles that guide the exercise. They are well known and I content myself with briefly summarizing them.

1. The Constitution must be interpreted flexibly over time to meet new social, political and historic realities: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155-56; see also *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998]

Citant la commission Malouf à cet égard, M. Ward soutient enfin que l'objet de l'art. 27 — préserver les marchés des produits canadiens du phoque — était déjà miné avant même qu'il ne soit adopté en 1993. Il s'agit là d'une variante de l'argument fondé sur l'efficacité. Il appartenait au gouvernement de déterminer s'il y avait un problème et si les moyens choisis permettraient de le régler. De plus, la preuve montre que le risque que d'autres produits de la mer, comme le poisson en conserve, subissent un préjudice existait encore au moment de l'adoption du *Règlement*.

Je conclus que l'interdiction de vente décrétée à l'art. 27 vise essentiellement à réduire la chasse commerciale au blanchon et au jeune à dos bleu afin d'assurer la protection économique de la ressource halieutique. À ce titre, elle est, de par son caractère véritable, liée à la gestion des pêches canadiennes.

(2) L'article 27 du *Règlement* relève-t-il, de par son caractère véritable, de la compétence fédérale en matière de pêcheries?

Après avoir déterminé le caractère véritable de l'art. 27, nous devons nous demander s'il correspond à la compétence fédérale en matière de pêcheries. Cela nous oblige à examiner l'étendue de la compétence en matière de pêcheries et son rapport avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Plus précisément, la compétence en matière de pêcheries s'étend-elle, au-delà des mesures de conservation, à la gestion de la ressource afin d'en préserver la viabilité économique?

Avant d'examiner l'étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries par rapport à la propriété et aux droits civils, il peut être utile d'examiner les principes qui guident cet examen. Ils sont bien connus, et je ne ferai que les résumer brièvement.

1. La Constitution doit, à la longue, recevoir une interprétation souple de manière à répondre aux nouvelles réalités sociales, politiques et historiques: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; voir également *Edwards c. Attorney-General for*

27

28

29

30

2 S.C.R. 217, at para. 52; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 180; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365; *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.*, [1980] 2 S.C.R. 466, at p. 478; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 343-44; Hogg, *supra*, at p. 15-45.

2. The principle of federalism must be respected: see *Reference re Secession of Quebec*, *supra*, at para. 55. Power is shared by two orders of government, each autonomous in developing policies and laws within their own jurisdiction subject to the courts which “control the limits of the respective sovereignties”: see *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. Classes of subjects should be construed in relation to one another: see *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200, at p. 216, *per* Duff J. In cases where federal and provincial classes of subjects contemplate overlapping concepts, meaning may be given to both through the process of “mutual modification”: see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); see also W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at p. 274. Classes of subjects should not be construed so broadly as to expand jurisdiction indefinitely: see Hogg, *supra*, at p. 18-4, in the criminal law context; compare *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), with *Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (P.C.) (the “Margarine Reference”).

Canada, [1930] A.C. 124 (C.P.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 180; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada*, [1980] 2 R.C.S. 466, p. 478; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 343-344; Hogg, *op. cit.*, p. 15-45.

2. Le principe du fédéralisme doit être respecté : voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, par. 55. Deux ordres de gouvernement se partagent les compétences et chacun peut, de manière autonome, établir des politiques et adopter des lois relevant de sa propre compétence, sous réserve du « contrôle [judiciaire] [d]es bornes de la souveraineté propre des deux [ordres de] gouvernemen[t] » : voir l’arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741. Les catégories de sujets doivent être interprétées les unes en fonction des autres : voir *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200, p. 216, le juge Duff. Lorsque des catégories provinciales et fédérales de sujets portent sur des notions qui se chevauchent, il faut en déterminer le sens au moyen du processus de « modification mutuelle » : voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.); voir également W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), p. 274. Il faut éviter de donner aux catégories de sujets une interprétation générale au point d’élargir à n’en plus finir la compétence en cause : voir Hogg, *op. cit.*, p. 18-4, dans le contexte du droit criminel; comparer l’arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), avec l’arrêt *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec*, [1951] A.C. 179 (C.P.) (« *Renvoi sur la margarine* »).

31

With these principles in mind — flexibility and respect for the proper powers of both the federal government and the provinces — I approach the

En gardant ces principes à l’esprit — la souplesse et le respect des compétences respectives du gouvernement fédéral et des provinces — j’aborde la

question at hand, the scope of the federal fisheries power.

Three different views on the scope of the federal fisheries power are presented:

1. The federal fisheries power extends only to conservation measures directed to preserving numbers (the conservation theory, espoused by the majority of the Newfoundland Court of Appeal).
2. The fisheries power extends only to the management of the fisheries resource in its natural state to the point of harvest and sale. This would include setting the permissible times and methods of extracting the resource, but it would not extend to the regulation of sale, processing and “markets” (the “point of sale” theory, espoused by Ward).
3. The fisheries power extends beyond conservation to measures intended to carry out economic goals and policies associated with the fisheries as a resource (the economic policy theory, advanced by the federal Crown).

Only the last theory is capable of supporting a regulation directed in pith and substance at curtailing the commercial hunting of young seals to protect the economic viability of the resource from retaliatory boycotts. The issue is therefore whether this theory of the fisheries power is valid. The jurisprudence suggests that it is.

First, the preponderance of authority suggests that the fisheries power is not confined to conservation, nor to pre-sale activities, but extends more broadly to maintenance and preservation of the fishery as a whole, including its economic value. In *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52, Ritchie C.J. described the fisheries power as extending “to subjects affecting the fisheries generally, tending to their regulation, protection and preservation”. Accordingly, Parliament’s power extended to “all such general laws as enure as well to the benefit of the owners of the fisheries as to the public at large,

question dont nous sommes saisis, à savoir l’étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries.

Trois points de vue différents sont exprimés au sujet de l’étendue de cette compétence :

1. La compétence fédérale en matière de pêcheries ne vise que les mesures de conservation destinées à préserver les stocks (la théorie de la conservation adoptée par les juges majoritaires de la Cour d’appel de Terre-Neuve).
2. La compétence en matière de pêcheries ne vise que la gestion de la ressource halieutique à l’état naturel, jusqu’à la récolte et à la vente de cette ressource. Cela comprendrait l’établissement des périodes et des méthodes de récolte, mais n’engloberait pas la réglementation de la vente, de la transformation et des « marchés » (la théorie du « point de vente » adoptée par M. Ward).
3. La compétence en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation et vise les mesures destinées à réaliser des objectifs et des politiques économiques liés aux pêcheries en tant que ressource (la théorie de la politique économique adoptée par le gouvernement fédéral).

La dernière théorie est la seule à pouvoir étayer un règlement qui, de par son caractère véritable, vise à réduire la chasse commerciale au jeune phoque afin de préserver la viabilité économique de la ressource contre le boycottage ordonné en guise de représailles. Il s’agit donc de savoir si cette théorie relative à la compétence en matière de pêcheries est valide. La jurisprudence indique qu’elle l’est.

D’abord, selon la jurisprudence prépondérante, la compétence en matière de pêcheries ne se limite pas à la conservation ni aux activités préalables à la vente, mais s’étend de façon plus générale au maintien et à la préservation de la pêche dans son ensemble, y compris sa valeur économique. Dans l’arrêt *The Queen c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52, le juge en chef Ritchie a affirmé que la compétence en matière de pêcheries s’étend [TRADUCTION] « aux sujets touchant les pêcheries en général, visant leur réglementation, leur protection et leur conservation ». Par conséquent, la compétence du

32

33

34

who are interested in the fisheries as a source of national or provincial wealth” (pp. 120-21).

35

In *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457 (aff’d [1930] A.C. 111 (P.C.)), Newcombe J. cited, at p. 472, the definition of a fishery given in *Patterson on the Fishery Laws* (1863), at p. 1, as “the right of catching fish in the sea, or in a particular stream of water”. But he went on to cite the broader “leading definition” from J. A. H. Murray’s *A New English Dictionary* (1888), defining fishery in terms of the “business, occupation or industry of catching fish or of taking other products of the sea or rivers from the water”. Davey C.J.B.C., in *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers’ Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585 (B.C.C.A.), said of this: “The point of Patterson’s definition is the natural resource, and the right to exploit it, and the place where the resource is found, and the right is exercised” (p. 592). See also *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1987] 1 F.C. 244 (T.D.) (division of powers issue aff’d [1989] 1 F.C. 335 (C.A.)).

36

The theme that the fisheries power refers to the resource was affirmed by this Court, *per* Laskin C.J. (dissenting, but not on this point) in *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477, who wrote, at p. 495, that the federal fisheries power “is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource”, extending even to the “suppression of an owner’s right of utilization”.

37

Again, in *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292, Martland J., speaking for the Court, recognized that the fisheries power involved legislating in relation to fisheries as a resource (at p. 298):

Parlement s’étend à « toutes les lois générales dont le but est aussi bien l’avantage des propriétaires des pêcheries que du public en général qui s’intéresse aux pêcheries à titre de source de richesse pour le pays ou la province » (p. 120-121).

Dans *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457 (conf. par [1930] A.C. 111 (C.P.)), le juge Newcombe cite, à la p. 472, la définition figurant dans *Patterson on the Fishery Laws* (1863), p. 1, selon laquelle le mot « pêcheurie » désigne [TRADUCTION] « le droit de prendre du poisson dans la mer ou dans un cours d’eau particulier ». Il cite ensuite le « premier sens » plus large donné par *A New English Dictionary* (1888), de J. A. H. Murray, selon lequel ce mot désigne [TRADUCTION] « [l]’entreprise, l’occupation ou l’industrie qui consiste à prendre du poisson ou d’autres produits de la mer ou de rivières ». Dans l’arrêt *Mark Fishing Co. c. United Fishermen & Allied Workers’ Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585 (C.A.C.-B.), le juge en chef Davey précise que [TRADUCTION] « La définition de Patterson insiste sur la ressource naturelle et le droit de l’exploiter, l’endroit où elle se trouve et où le droit est exercé » (p. 592). Voir également *Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada*, [1987] 1 C.F. 244 (1^{re} inst.) (décision relative à la question du partage des compétences conf. par [1989] 1 C.F. 335 (C.A.)).

La théorie selon laquelle la compétence en matière de pêcheries vise la ressource a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, où le juge en chef Laskin (dissident, mais sur un autre point) écrit, à la p. 495, que la compétence fédérale en matière de pêcheries « vise [...] la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public » et s’étend même à « la suppression de l’exercice du droit [d’exploitation] par le propriétaire ».

En outre, dans l’arrêt *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292, le juge Martland a reconnu, au nom de notre Cour, que la compétence en matière de pêcheries comportait le pouvoir de légiférer sur les pêcheries en tant que ressource (à la p. 298) :

... federal legislative jurisdiction under s. 91.12 of the *British North America Act* is not a mere authority to legislate in relation to “fish” in the technical sense of the word. The judgments in this Court and in the Privy Council have construed “fisheries” as meaning something in the nature of a resource.

More recently, in *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, Major J. noted that the Minister’s duty under the *Fisheries Act* extends beyond conservation to management and development of the fishery for the benefit of the public, stating (at para. 37):

Canada’s fisheries are a “common property resource”, belonging to all the people of Canada. Under the *Fisheries Act*, it is the Minister’s duty to manage, conserve and develop the fishery on behalf of Canadians in the public interest (s. 43).

In *Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 2 F.C. 93 (rev’g [1984] 2 F.C. 398 (T.D.)), the Federal Court of Appeal directly confronted whether the federal fisheries power is confined to conservation of the fish stock. At issue were federal regulations for closing times that favoured sports fishers over commercial fishers. At trial, Collier J. held that the fisheries power did not extend to the general management and control of the fisheries for the benefit of Canadians beyond mere protection and preservation of the resource. The Federal Court of Appeal reversed the decision. Marceau J.A. expressed the view that “Parliament may manage the fishery on social, economic or other grounds, either in conjunction with steps taken to conserve, protect, harvest the reserve or simply to carry out social, cultural or economic goals and policies” (p. 106).

Moreover, the courts have rejected the view that the federal power extends only to management of fisheries in their natural state and terminates prior to the point of sale. In *British Columbia Packers Ltd. v.*

... la compétence législative fédérale prévue au par. 91.12 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* n’est pas un simple pouvoir fédéral de légiférer sur le « poisson » au sens technique du terme. Cette Cour, de même que le Conseil privé, ont attribué au terme « pêcheries » le sens de quelque chose de la nature d’une ressource.

Plus récemment, dans l’arrêt *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, par. 37, le juge Major a souligné que l’obligation qui incombe au Ministre, en vertu de la *Loi sur les pêches*, ne se limite pas à la conservation et comprend la gestion et le développement des pêches dans l’intérêt du public :

Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun qui appartient à tous les Canadiens. En vertu de la *Loi sur les pêches*, le Ministre a l’obligation de gérer, conserver et développer les pêches au nom des Canadiens et dans l’intérêt public (art. 43).

Dans l’arrêt *Gulf Trollers Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 2 C.F. 93 (inf. [1984] 2 C.F. 398 (1^{re} inst.)), la Cour d’appel fédérale s’est penchée directement sur la question de savoir si la compétence fédérale en matière de pêcheries se limite à la conservation des stocks de poisson. Dans cette affaire, il était question de règlements fédéraux régissant les périodes de fermeture, qui favorisaient les pêcheurs sportifs au détriment des pêcheurs commerciaux. En première instance, le juge Collier a conclu que la compétence en matière de pêcheries ne s’étendait pas à la gestion et à la surveillance générales des pêches pour les besoins des Canadiens et se limitait à la protection et à la conservation de la ressource. La Cour d’appel fédérale a infirmé cette décision. Le juge Marceau s’est dit d’avis que le « Parlement peut tenir compte de considérations sociales, économiques ou autres dans la gestion des pêcheries soit en les associant à ses mesures visant la conservation, la protection et l’exploitation des ressources, soit simplement en les alliant à la poursuite d’objectifs et à la mise en application de politiques de nature sociale, culturelle ou économique » (p. 106).

Les tribunaux ont en outre rejeté le point de vue selon lequel la compétence fédérale se limite à la gestion de la ressource halieutique à l’état naturel et prend fin avant le point de vente. Dans l’arrêt

38

39

40

Canada Labour Relations Board, [1976] 1 F.C. 375 (C.A.) (appeal to S.C.C. dismissed on other grounds, [1978] 2 S.C.R. 97), Jackett C.J. remarked that the fisheries power does not extend to the “making of laws in relation to things reasonably incidental to carrying on a fishing business, such as labour relations and disposition of the products of the business, when such things do not in themselves fall within the concept of ‘fisheries’” (p. 385 (emphasis deleted)). However, it is clear that aspects of sale that are necessarily incidental to the exercise of the fisheries power fall within federal jurisdiction: see *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158 (C.A.); *R. v. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736 (B.C.S.C.); *R. v. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33 (Alta. C.A.). The rationale is that the federal government may limit sales in order to prevent injurious exploitation of the resource. It therefore appears that no bright line can be drawn at the point of sale for the purposes of defining the scope of the federal fisheries power.

41

These cases put beyond doubt that the fisheries power includes not only conservation and protection, but also the general “regulation” of the fisheries, including their management and control. They recognize that “fisheries” under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867* refers to the fisheries as a resource; “a source of national or provincial wealth” (*Robertson, supra*, at p. 121); a “common property resource” to be managed for the good of all Canadians (*Comeau’s Sea Foods, supra*, at para. 37). The fisheries resource includes the animals that inhabit the seas. But it also embraces commercial and economic interests, aboriginal rights and interests, and the public interest in sport and recreation.

42

Although broad, the fisheries power is not unlimited. The same cases that establish its broad parameters also hold that the fisheries power must be

British Columbia Packers Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail, [1976] 1 C.F. 375 (C.A.) (pouvoi devant la C.S.C. rejeté pour d’autres motifs, [1978] 2 R.C.S. 97), le juge en chef Jackett a fait remarquer que la compétence en matière de pêcheries ne s’étend pas à « l’adoption de lois relatives aux activités normalement accessoires à l’exploitation d’une entreprise de pêche, comme les relations du travail et l’écoulement des produits de l’entreprise, lorsque ces activités elles-mêmes ne relèvent pas de la notion de “pêcheries” » (p. 385 (soulignement supprimé)). Cependant, il est clair que les aspects de la vente qui sont nécessairement accessoires à l’exercice de la compétence en matière de pêcheries relèvent de la compétence fédérale : voir *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158 (C.A.); *R. c. Saul* (1984), 10 D.L.R. (4th) 736 (C.S.C.-B.); *R. c. Twin* (1985), 23 C.C.C. (3d) 33 (C.A. Alb.). La raison en est que le gouvernement fédéral peut limiter les ventes afin d’empêcher une exploitation abusive de la ressource. Il semble donc que, pour définir l’étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries, il n’est pas possible de tracer une ligne de démarcation claire au point de vente.

Ces décisions établissent indubitablement que la compétence en matière de pêcheries vise non seulement la conservation et la protection, mais encore la « réglementation » générale des pêcheries, y compris leur gestion et leur surveillance. Elles reconnaissent que les « pêcheries », au par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s’entendent des pêcheries en tant que ressource naturelle; [TRADUCTION] « une source de richesse pour le pays ou la province » (*Robertson*, précité, p. 121); un « bien commun » à gérer pour le bien de tous les Canadiens (*Comeau’s Sea Foods*, précité, par. 37). La ressource halieutique comprend tous les animaux qui habitent les mers, mais elle englobe aussi les intérêts commerciaux et économiques, les droits et les intérêts des peuples autochtones, de même que l’intérêt public en matière de sport et de loisirs.

Bien qu’elle soit vaste, la compétence en matière de pêcheries n’est pas illimitée. Les mêmes décisions qui établissent les grands paramètres de

construed to respect the provinces' power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. This too is a broad, multi-faceted power, difficult to summarize concisely. For our purposes, it suffices to note that the regulation of trade and industry within the province generally (with certain exceptions) falls within the province's jurisdiction over property and civil rights: see *Citizens Insurance, supra*; see also *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (P.C.).

Thus we have before us two broad powers, one federal, one provincial. In such cases, bright jurisdictional lines are elusive. Whether a matter best conforms to a subject within federal jurisdiction on the one hand, or provincial jurisdiction on the other, can only be determined by examining the activity at stake. Measures that in pith and substance go to the maintenance and preservation of fisheries fall under federal power. By contrast, measures that in pith and substance relate to trade and industry within the province have been held to be outside the federal fisheries power and within the provincial power over property and civil rights.

The cases bear this out. Measures whose essence went to the regulation of fish processing and labour relations in the fishery have been held to fall outside the federal power. On the other hand, measures primarily related to the regulation of the fisheries resource but incidentally touching the sale of fish have been upheld as valid federal legislation.

In *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, supra*, this Court held that the federal power to regulate the fisheries does not extend to the licensing of fish canneries or to the regulation of trade

la compétence en matière de pêcheries précisent également que l'interprétation de cette compétence doit respecter la compétence en matière de propriété et de droits civils que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces. Il s'agit là aussi d'une compétence vaste et polyvalente difficile à résumer succinctement. Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de souligner que la réglementation générale du commerce et de l'industrie à l'intérieur de la province relève (sous réserve de certaines exceptions) de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils : voir *Citizens Insurance, précité*; voir également *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (C.P.).

Nous sommes donc en présence de deux vastes chefs de compétence, l'un fédéral, l'autre provincial. En pareil cas, il est difficile de tracer une ligne de démarcation claire entre les deux. Seul l'examen de l'activité en cause peut permettre de déterminer si une matière correspond davantage à un chef de compétence fédérale ou à un chef de compétence provinciale. Les mesures qui, de par leur caractère véritable, visent le maintien et la conservation des pêcheries relèvent de la compétence fédérale. Par contre, on a jugé que les mesures qui, de par leur caractère véritable, portent sur le commerce et l'industrie à l'intérieur de la province relèvent non pas de la compétence fédérale en matière de pêcheries, mais plutôt de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

La jurisprudence le confirme. Les tribunaux ont conclu que des mesures portant essentiellement sur la réglementation de la transformation du poisson et des relations du travail dans le secteur des pêches ne relèvent pas de la compétence fédérale. En revanche, ils ont jugé que des mesures portant principalement sur la réglementation de la ressource halieutique mais touchant d'une manière incidente à la vente du poisson étaient des mesures législatives fédérales valides.

Dans *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, précité*, notre Cour a statué que la compétence fédérale en matière de réglementation des pêcheries ne s'étendait pas à la délivrance de

43

44

45

processes once the resource had been extracted and converted into a commodity. Newcombe J. noted that the power to control the sale or storage of fish, or the manufacture and sale of fishing equipment might be used to manage the resource, but on the facts of the case there was an insufficient link between the impugned legislation and the fisheries power (p. 472).

46 Similarly, labour relations in the fisheries were held to be matters essentially falling within the provincial power to regulate business in the province and outside the federal fisheries power: see *British Columbia Packers and Mark Fishing*, *supra*; see also *Barry's Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277 (Nfld. C.A.).

47 These cases suggest that measures essentially directed to regulating fish processing and labour relations fall under the provincial power over property and civil rights, and outside the federal fisheries power. If the activity is in pith and substance a matter of trade and industry within the province, it will not fall under the federal fisheries power merely because some aspects of the activity touch upon the fishery. Conversely, measures that are in pith and substance directed to the fishery fall within the federal fisheries power even though they possess aspects relating to property and civil rights.

48 It follows that the federal fisheries power is not confined to measures directed at conserving the resource, nor limited by the distinction between control of the resource in its natural state and at "point of sale". While Parliament must respect the provincial power over property and civil rights, the approach to be adopted is not simply drawing a line between federal and provincial powers on the basis of conservation or sale. The issue is rather whether the matter regulated is essentially connected — related in pith and substance — to the

permis de conserverie ni à la réglementation des procédés commerciaux une fois que la ressource avait été récoltée et transformée en denrée. Le juge Newcombe a souligné que le pouvoir de surveiller la vente ou l'entreposage du poisson ou la fabrication et la vente d'équipement de pêche pourrait servir à gérer la ressource, mais selon les faits de cette affaire, il n'y avait pas de lien suffisant entre la mesure législative attaquée et la compétence en matière de pêcheries (p. 472).

De même, les tribunaux ont statué que les relations du travail dans le secteur des pêches relevaient essentiellement de la compétence provinciale en matière de réglementation du commerce dans la province, et non de la compétence fédérale en matière de pêcheries : voir *British Columbia Packers and Mark Fishing*, précités; voir aussi *Barry's Ltd. c. Fishermen, Food and Allied Workers' Union* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277 (C.A.T.-N.).

Ces décisions indiquent que des mesures visant essentiellement à réglementer la transformation du poisson et les relations du travail relèvent de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, et non de la compétence fédérale en matière de pêcheries. L'activité qui, de par son caractère véritable, a trait au commerce et à l'industrie à l'intérieur de la province ne relève pas de la compétence fédérale en matière de pêcheries du seul fait que, sous certains aspects, elle touche aux pêches. À l'inverse, les mesures qui, de par leur caractère véritable, visent directement les pêches relèvent de la compétence fédérale en matière de pêcheries même si, sous certains aspects, elles ont trait à la propriété et aux droits civils.

Il s'ensuit que la compétence fédérale en matière de pêcheries n'est pas limitée aux mesures visant la conservation de la ressource, ni restreinte par la distinction entre la surveillance de la ressource à l'état naturel et sa surveillance au « point de vente ». Même si le Parlement doit respecter la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, l'approche à adopter ne doit pas consister simplement à tracer une ligne de démarcation entre les compétences fédérale et provinciale, selon qu'il est question de conservation ou de vente.

federal fisheries power, or to the provincial power over property and civil rights.

We earlier established that the regulation here at issue, while on its face a simple ban on sale, trade or barter, is in pith and substance concerned with curtailing commercial hunting of young seals to preserve the fisheries as an economic resource, vitally connected to protecting the economic viability of the Canadian fishery as a whole. It follows that s. 27 is a valid federal measure. This result fully respects the constitutional right of the provinces to control property and civil rights. If the essential character of the measure was directed toward regulating business or property within the province, it would be in pith and substance a matter of property and civil rights and outside federal jurisdiction. However, that is not the case. Section 27 of the *Regulations* is thus a valid exercise of the federal fisheries power.

B. Whether Section 27 of the Regulations Is in Relation to the Criminal Law

Having concluded that the challenged legislation is constitutionally valid under the federal fisheries power, we need not consider whether it might also be valid under the criminal law power. However, in view of the fact that the issue was fully argued, I comment briefly on it.

Although the criminal law power is broad, it is not unlimited: see *Reference re Firearms Act, supra*, at para. 30. Legislation may amount to criminal law if it possesses three components: a prohibited act, a penalty and a valid criminal law purpose: see *Reference re Firearms Act, RJR-MacDonald* and *Margarine Reference, supra*; see also *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. Examples of a criminal law purpose include public peace, order, security, health and morality: see *Margarine Reference*,

Il s'agit plutôt de déterminer si la matière réglementée est essentiellement rattachée — liée de par son caractère véritable — à la compétence fédérale en matière de pêcheries ou à la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

Nous avons déjà établi que, même s'il constitue à première vue une simple interdiction de vente, d'échange ou de troc, le règlement dont il est question en l'espèce vise, de par son caractère véritable, à réduire la chasse commerciale au jeune phoque afin de préserver les pêcheries en tant que ressource économique, et qu'il est essentiellement lié à la protection de la viabilité économique des pêches canadiennes dans leur ensemble. Il s'ensuit que l'art. 27 est une mesure fédérale valide. Ce résultat respecte parfaitement le droit constitutionnel des provinces de régir la propriété et les droits civils. Si la mesure visait, de par son caractère essentiel, à réglementer le commerce ou la propriété à l'intérieur de la province, elle relèverait, de par son caractère véritable, de la propriété et des droits civils et non de la compétence fédérale. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce. L'article 27 du *Règlement* représente donc un exercice valide de la compétence fédérale en matière de pêcheries.

B. L'article 27 du Règlement est-il une mesure relative au droit criminel?

Puisque nous avons conclu que la mesure législative attaquée est constitutionnelle en vertu de la compétence fédérale en matière de pêcheries, il n'est pas nécessaire de se demander si elle pourrait l'être également en vertu de la compétence en matière de droit criminel. Cependant, étant donné que cette question a été débattue à fond, je vais la commenter brièvement.

Bien qu'elle soit vaste, la compétence en matière de droit criminel n'est pas illimitée : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, par. 30. Une mesure législative peut constituer du droit criminel si elle comporte les trois éléments suivants : une interdiction, une peine et un objectif de droit criminel valide : voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, l'arrêt *RJR-MacDonald* et le *Renvoi sur la margarine*, précités; voir également l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. La paix

49

50

51

supra. Courts also look to whether the particular law has traditionally been held to be criminal law: see *Morgentaler, supra*.

52 In this case, a prohibited act (i.e. the sale of bluebacks and whitecoats) and a penalty (contained in s. 78 of the *Fisheries Act*), are present. However, no valid criminal law purpose has been established.

53 Two points arise for consideration: first, is the protection of animals against killing in the circumstances here disclosed capable of constituting a criminal purpose? Second, if so, then is the impugned legislation directed to this purpose? The *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, contains prohibitions against cruelty to animals, and I am prepared to assume without deciding that the federal criminal law powers could extend to prohibitions on the killing and manner of killing of animals like seals as a matter of public peace, order, security, health or morality. However, I see nothing in the record that supports the view that s. 27 in fact possesses such a criminal law purpose.

54 The record indicates that there was public disapproval towards the commercial hunting of baby seals in general and the clubbing of baby seals in particular. It was this disapproval that manifested itself during the anti-sealing campaign, leading to the European Community import ban, market boycotts and the establishment of the Malouf Commission to study the sealing industry.

55 However, nothing indicates that it was ethical considerations that led to the s. 27 prohibition. Public peace, order, security and morality played no direct role in its adoption. Indeed, the Malouf Commission suggested that the killing of young seals through clubbing and shooting was not inhumane. It is also of note that s. 27 prohibits the sale

publique, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité sont autant d'exemples d'objectif de droit criminel : voir le *Renvoi sur la margarine*, précité. Les tribunaux examinent également si la mesure législative en cause est habituellement considérée comme relevant du droit criminel : voir l'arrêt *Morgentaler*, précité.

En l'espèce, il existe une interdiction (celle de vendre des jeunes à dos bleu et des blanchons) et une peine (prévue à l'art. 78 de la *Loi sur les pêches*). L'existence d'un objectif de droit criminel valide n'a toutefois pas été établie.

Deux questions se posent : premièrement, l'interdiction d'abattre des animaux dans les circonstances révélées en l'espèce peut-elle constituer un objectif de droit criminel? Deuxièmement, dans l'affirmative, la mesure législative attaquée vise-t-elle à réaliser cet objectif? Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contient des dispositions interdisant la cruauté envers les animaux, et je suis disposée à supposer, sans toutefois le décider, que pour des raisons de paix publique, d'ordre, de sécurité, de santé et de moralité, la compétence fédérale en matière de droit criminel pourrait s'étendre aux interdictions d'abattage et au mode d'abattage d'animaux comme les phoques. Cependant, je ne vois rien dans le dossier qui étaye le point de vue selon lequel l'art. 27 vise effectivement un tel objectif de droit criminel.

Le dossier indique que la population désapprouve la chasse commerciale au bébé phoque en général et l'abattage des bébés phoques au moyen d'un gourdin en particulier. C'est cette désapprobation qui s'est manifestée au cours de la campagne contre la chasse au phoque et qui a entraîné l'interdiction d'importation décrétée par la Communauté européenne, le boycottage des marchés et la création de la commission Malouf chargée d'étudier l'industrie de la chasse au phoque.

Rien n'indique toutefois que ce sont des considérations morales qui sont à l'origine de l'interdiction prévue à l'art. 27. La paix publique, l'ordre, la sécurité et la moralité n'ont pas contribué directement à l'adoption de cette interdiction. En fait, la commission Malouf a laissé entendre que l'abattage de jeunes phoques au moyen d'un gourdin et d'une

of whitecoats and bluebacks, not their killing. If the mischief Parliament sought to remedy was the killing of young seals on ethical grounds, one would expect to find an outright prohibition on killing.

Without suggesting that measures related to the treatment or killing of animals could not have a valid criminal law purpose, it is simply not made out in this particular case. The wording of the legislation along with the legislative history suggest that the legislation was enacted to manage the fisheries by eliminating the large-scale killing and commercial hunting of whitecoats and bluebacks, and not to criminalize their killing or sale.

VII. Conclusion and Disposition

I conclude that s. 27 of the *Regulations*, prohibiting the sale, trade or barter of whitecoat and blueback seals, is a valid measure under the federal fisheries power. I would therefore allow the appeal, restore the decision of the trial judge, and find that s. 27 of the *Regulations* is a valid exercise of Parliament's jurisdiction under sea coast and inland fisheries contained in s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 27 of the *Marine Mammal Regulations*, SOR/93-56, within the legislative authority of the Parliament of Canada as being legislation pertaining to the sea coast and inland fisheries under s. 91(12) of the *Constitution Act, 1867*?

Yes.

2. Is s. 27 of the *Marine Mammal Regulations* within the legislative authority of the Parliament of Canada as being legislation pertaining to the criminal law under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

No.

arme à feu n'avait rien de cruel. Il vaut également la peine de souligner que l'art. 27 interdit la vente des blanchons et des jeunes à dos bleu, et non leur abattage. Si le mal auquel le Parlement a voulu remédier était l'abattage de jeunes phoques pour des raisons d'ordre moral, on s'attendrait à trouver une interdiction absolue d'abattage.

Sans vouloir laisser entendre que les mesures liées au traitement ou à l'abattage d'animaux ne pourraient pas viser un objectif de droit criminel valide, force est de conclure qu'il n'a pas été établi qu'un tel objectif était visé en l'espèce. D'après sa formulation et son historique législatif, la mesure législative a été adoptée dans le but de gérer les pêcheries en éliminant l'abattage et la chasse commerciale sur grande échelle des blanchons et des jeunes à dos bleu, et non dans le but de criminaliser l'abattage ou la vente de ces animaux.

VII. Conclusion et dispositif

Je conclus que l'art. 27 du *Règlement*, qui interdit la vente, l'échange ou le troc de blanchons et de jeunes à dos bleu, est une mesure valide en vertu de la compétence fédérale en matière de pêcheries. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir la décision du juge de première instance et de conclure que l'art. 27 du *Règlement* représente un exercice valide de la compétence du Parlement relative aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur prévue au par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je suis d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles :

1. L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins*, DORS/93-56, relève-t-il de l'autorité législative du Parlement du Canada en tant que mesure législative relative aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur en vertu du par. 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Oui.

2. L'article 27 du *Règlement sur les mammifères marins* relève-t-il de l'autorité législative du Parlement du Canada en tant que mesure législative relative au droit criminel en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

56

57

58

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Canada, Halifax.

Solicitors for the respondent: O'Dea, Earle, St. John's.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Solicitors for the intervener the International Fund for Animal Welfare Inc.: Ruby & Edwardh, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Canada, Halifax.

Procureurs de l'intimé : O'Dea, Earle, St. John's.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve : Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

Procureurs de l'intervenant le Fonds international pour la protection des animaux inc. : Ruby & Edwardh, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2002 Vol. 1

4^e cahier, 2002 Vol. 1

Cited as [2002] 1 S.C.R. 595-768

Renvoi [2002] 1 R.C.S. 595-768

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI LOUISE SAVARD
CHRISTIAN C.-DESPRÉS ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET GINETTE MIGNEAULT
PAULINE MCTAVISH ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Bannon v. Thunder Bay (City).....716

Limitation of actions — Action against municipalities — Plaintiff injured when falling on sidewalk — Plaintiff hospitalized and prescribed medication — Plaintiff successfully suing municipality for damages for gross negligence even though she had failed to provide written notice of her claim to municipality within statutorily required seven days — Trial judge finding that plaintiff was physically and mentally incapable to comply with notice requirement — Court of Appeal allowing municipality's appeal — Court of Appeal wrongly interfering with trial judge factual findings relating to medical evidence of plaintiff's incapacity — Trial judgment restored — Meaning of expression "unsound mind" in s. 47 of Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15.

Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada719

Insurance — Life insurance — Intentional fault — Public order exception — Insured dying while committing a crime — Insurer refusing to pay beneficiary life insurance proceeds — Whether act committed amounts to intentional fault of insured — Whether public order exception that "no one may profit from his or her own crime" exists in Quebec insurance law — If so, whether exception is a bar to beneficiary's right to claim insurance indemnity — Civil Code of Lower Canada, arts. 2532, 2550.

Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada742

Insurance law — Life insurance — Public policy — Insurer refusing to pay proceeds of life insurance policy to beneficiary after insured died accidentally while committing a crime — Whether beneficiary's claim barred — Whether public policy precludes recovery by innocent beneficiary where death of insured was caused by his criminal acts.

Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.678

Contracts — Equitable remedies — Rectification of contract — Written contract not reflecting prior oral agreement — Whether equitable remedy of rectification available — Whether lack of due diligence a bar to rectification.

Damages — Punitive damages — Written contract not reflecting prior oral agreement owing to fraud of one of parties — Whether trial judge's award of punitive damages should be restored.

Continued on next page

SOMMAIRE

Bannon c. Thunder Bay (Ville)716

Prescription — Action intentée contre une municipalité — Demanderesse blessée à la suite d'une chute sur un trottoir — Demanderesse hospitalisée et se faisant prescrire un médicament — Demanderesse intentant avec succès contre une municipalité une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence grave malgré son défaut de donner à la municipalité un avis écrit de sa réclamation à l'intérieur du délai de sept jours prescrit par la loi — Juge de première instance concluant que la demanderesse était physiquement et mentalement incapable de donner l'avis requis — Appel de la municipalité accueilli par la Cour d'appel — Cour d'appel modifiant à tort les conclusions de fait du juge de première instance concernant la preuve médicale de l'incapacité de la demanderesse — Jugement de première instance rétabli — Sens de l'expression « faible d'esprit » figurant à l'art. 47 de la Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15.

Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada719

Assurance — Assurance-vie — Faute intentionnelle — Exception d'ordre public — Décès de l'assuré au cours de la perpétration d'un acte criminel — Refus de l'assureur de verser au bénéficiaire le produit de l'assurance-vie — L'acte posé correspond-il à une faute intentionnelle de l'assuré? — L'exception d'ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » existe-t-elle en droit québécois des assurances? — Dans l'affirmative, cette exception fait-elle obstacle au droit du bénéficiaire de réclamer l'indemnité d'assurance? — Code civil du Bas Canada, art. 2532, 2550.

Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada742

Droit des assurances — Assurance-vie — Règle de l'ordre public — Refus de l'assureur de verser à la bénéficiaire le produit de la police d'assurance-vie après le décès accidentel de l'assuré lors de la perpétration d'un crime — La réclamation de la bénéficiaire est-elle irrecevable? — La règle de l'intérêt public empêche-t-elle un bénéficiaire innocent de recouvrer le capital assuré dans le cas où le décès de l'assuré a été causé par ses actes criminels?

Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.678

Contrats — Réparations fondées sur l'equity — Rectification du contrat — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure — Y a-t-il ouverture à la réparation en equity que constitue la rectification? — Le défaut de faire montre de diligence raisonnable fait-il obstacle à la rectification?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whiten v. Pilot Insurance Co.595

Insurance — Insurer's duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury charge adequate — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

Damages — Punitive damages — Insurer's duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

SOMMAIRE (Fin)

Domages-intérêts — Domages-intérêts punitifs — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure en raison de la fraude commise par l'une des parties — La décision du juge du procès accordant des dommages-intérêts punitifs doit-elle être rétablie?

Whiten c. Pilot Insurance Co.595

Assurance — Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Les directives au jury étaient-elles adéquates? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

Domages-intérêts — Domages-intérêts punitifs — Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

Daphne Whiten *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Pilot Insurance Company *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

and

The Insurance Council of Canada and the Ontario Trial Lawyers Association *Intervenors*

INDEXED AS: WHITEN v. PILOT INSURANCE CO.

Neutral citation: 2002 SCC 18.

File No.: 27229.

2000: December 14; 2002: February 22.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Insurer's duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury charge adequate — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

Damages — Punitive damages — Insurer's duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

The appellant and her husband discovered a fire in the addition to their house just after midnight in January 1994. They and their daughter fled the house wearing only their night clothes. It was minus 18 degrees Celsius.

Daphne Whiten *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Pilot Insurance Company *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

et

Le Conseil d'assurances du Canada et l'Ontario Trial Lawyers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : WHITEN c. PILOT INSURANCE CO.

Référence neutre : 2002 CSC 18.

N^o du greffe : 27229.

2000 : 14 décembre; 2002 : 22 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Assurance — Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Les directives au jury étaient-elles adéquates? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts punitifs — Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

Tout juste après minuit, en janvier 1994, l'appelante et son mari ont constaté qu'un incendie s'était déclaré dans une annexe à l'arrière de leur maison. Accompagnés de leur fille, ils sont sortis précipitamment de la maison,

The husband gave his slippers to his daughter to go for help and suffered serious frostbite to his feet. The fire totally destroyed the home and its contents, including three cats. The appellant was able to rent a small winterized cottage nearby for \$650 per month. The respondent insurer made a single \$5,000 payment for living expenses and covered the rent for a couple of months or so, then cut off the rent without telling the family, and thereafter pursued a confrontational policy. The appellant's family was in very poor financial shape. Ultimately this confrontation led to a protracted trial based on the respondent's allegation that the family had torched its own home, even though the local fire chief, the respondent's own expert investigator, and its initial expert all said there was no evidence whatsoever of arson. The respondent's position was wholly discredited at trial and its appellate counsel conceded that there was no air of reality to the allegation of arson. The jury awarded compensatory damages and \$1 million in punitive damages. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal in part and reduced the punitive damages award to \$100,000.

Held (LeBel J. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the jury award of \$1 million in punitive damages restored. The respondent's cross-appeal against the award of any punitive damages should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ.: The jury's award of punitive damages, though high, was within rational limits. The respondent insurer's conduct towards the appellant was exceptionally reprehensible. It forced her to put at risk her only remaining asset (the \$345,000 insurance claim) plus \$320,000 in costs that she did not have. The denial of the claim was designed to force her to make an unfair settlement for less than she was entitled to. The conduct was planned and deliberate and continued for over two years, while the financial situation of the appellant grew increasingly desperate. The jury evidently believed that the respondent knew from the outset that its arson defence was contrived and unsustainable. Insurance contracts are sold by the insurance industry and purchased by members of the public for peace of mind. The more devastating the loss, the more the insured may be at the financial mercy of the insurer, and the

en vêtements de nuit. Il faisait moins 18 degrés Celsius. Ayant donné ses pantoufles à sa fille pour qu'elle aille demander de l'aide, le mari a subi de graves engelures aux pieds. L'incendie a complètement détruit la maison et son contenu, y compris trois chats. L'appelante a pu louer, non loin de chez elle, un chalet toutes saisons pour 650 \$ par mois. L'intimée a effectué un seul versement de 5 000 \$ au titre des frais de subsistance puis, après avoir payé le loyer pendant quelques mois, elle a cessé de le faire, sans aviser la famille de cette décision. Par la suite, elle adopté une attitude empreinte d'antagonisme. La famille de l'appelante était dans une situation financière très précaire. Le conflit a finalement mené à un long procès fondé sur la prétention de l'intimée que la famille avait elle-même incendié la maison, et ce malgré le fait que le chef du service d'incendie local, le propre enquêteur de l'intimée et l'expert auquel elle avait initialement fait appel avaient tous affirmé qu'il n'existait pas la moindre preuve d'incendie criminel. La thèse de l'intimée a été entièrement rejetée au procès et, en appel, l'avocat de l'intimée a concédé que l'allégation d'incendie criminel n'avait aucune vraisemblance. Le jury a accordé des dommages-intérêts compensatoires ainsi que des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel en partie et réduit les dommages-intérêts punitifs à 100 000 \$.

Arrêt (le juge LeBel est dissident quant au pourvoi principal) : Le pourvoi principal est accueilli et la somme de un million de dollars accordée par le jury au titre des dommages-intérêts punitifs est rétablie. Le pourvoi incident de l'intimée contestant l'attribution de toute somme au titre des dommages-intérêts punitifs est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour : Bien qu'élevée, la somme accordée par le jury au titre des dommages-intérêts punitifs se situait dans des limites rationnelles. La société d'assurance intimée a eu une conduite exceptionnellement répréhensible à l'endroit de l'appelante. Elle a forcé l'appelante à risquer son dernier élément d'actif (son indemnité d'assurance de 345 000 \$) et à s'endetter de 320 000 \$ en frais de justice. Le rejet de la demande d'indemnité visait à contraindre cette dernière à accepter un règlement inéquitable, une somme inférieure à celle à laquelle elle avait droit. L'intimée s'est livrée, avec préméditation et de propos délibéré, à la conduite reprochée pendant plus de deux ans, tandis que la situation financière de l'appelante devenait de plus en plus désespérée. Le jury a de toute évidence estimé que l'intimée savait dès le départ que la défense d'incendie criminel était une fiction insoutenable. La tranquillité d'esprit est l'argument qu'invoquent

more difficult it may be to challenge a wrongful refusal to pay the claim.

The jury decided a powerful message of denunciation, retribution and deterrence had to be sent to the respondent and they sent it. The obligation of good faith dealing means that the appellant's peace of mind should have been the respondent's objective, and her vulnerability ought not to have been aggravated as a negotiating tactic. It is this relationship of reliance and vulnerability that was outrageously exploited by the respondent in this case.

An award of punitive damages in a contract case, though rare, is obtainable. It requires an "actionable wrong" in addition to the breach sued upon. Here, in addition to the contractual obligation to pay the claim, the respondent was under a distinct and separate obligation to deal with its policyholders in good faith. A breach of the contractual duty of good faith was thus independent of and in addition to the breach of contractual duty to pay the loss. The plaintiff specifically asked for punitive damages in her statement of claim and if the respondent was in any doubt about the facts giving rise to the claim, it ought to have applied for particulars.

The trial judge's charge to the jury with respect to punitive damages should include words to convey an understanding of the following points: (1) Punitive damages are very much the exception rather than the rule, (2) imposed only if there has been high-handed, malicious, arbitrary or highly reprehensible misconduct that departs to a marked degree from ordinary standards of decent behaviour. (3) Where they are awarded, punitive damages should be assessed in an amount reasonably proportionate to such factors as the harm caused, the degree of the misconduct, the relative vulnerability of the plaintiff and any advantage or profit gained by the defendant, (4) having regard to any other fines or penalties suffered by the defendant for the misconduct in question. (5) Punitive damages are generally given only where the misconduct would otherwise be unpunished or where other penalties are or are likely to be inadequate to achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation. (6) Their purpose is not to compensate the plaintiff, but (7) to give a defendant his or her just desert

les assureurs pour vendre leurs contrats d'assurance et la raison qui incite les membres du public à les acheter. Plus la perte est catastrophique, plus l'assuré risque de se trouver financièrement à la merci de l'assureur et plus il peut lui être difficile de contester un refus illégitime de verser l'indemnité demandée.

Le jury a décidé qu'un vigoureux message de châtiement, de dissuasion et de dénonciation s'imposait, et il a donné ce message. En raison de l'obligation qu'avait l'intimée d'agir de bonne foi, la tranquillité d'esprit de l'appelante aurait dû être l'objectif de l'intimée, qui n'aurait pas dû accroître la vulnérabilité de l'appelante comme tactique de négociation. C'est cette situation de dépendance et de vulnérabilité que l'intimée a exploitée de façon inacceptable en l'espèce.

Quoique des dommages-intérêts punitifs soient rarement accordés en matière contractuelle, il est néanmoins possible d'en obtenir. Il doit exister une « faute donnant ouverture à action » en plus du manquement à l'obligation contractuelle faisant l'objet de l'action. En l'espèce, en plus de l'obligation contractuelle qu'elle avait de verser l'indemnité réclamée, l'intimée était tenue à une obligation distincte, soit celle d'agir de bonne foi à l'égard des personnes titulaires de ses polices d'assurance. Le manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi est indépendant du manquement à l'obligation d'indemniser l'assuré de sa perte et il s'y ajoute. La demanderesse a expressément demandé des dommages-intérêts punitifs dans sa déclaration et si l'intimée entretenait le moindre doute au sujet des faits qui fondaient les conclusions de la demanderesse, elle pouvait demander des précisions.

Dans son exposé au jury au sujet des dommages-intérêts punitifs, le juge du procès doit leur expliquer les points suivants. (1) Les dommages-intérêts punitifs sont vraiment l'exception et non la règle. (2) Ils sont accordés seulement si le défendeur a eu une conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite. (3) Lorsqu'ils sont accordés, leur quantum doit être raisonnablement proportionné, eu égard à des facteurs comme le préjudice causé, la gravité de la conduite répréhensible, la vulnérabilité relative du demandeur et les avantages ou bénéfices tirés par le défendeur, (4) ainsi qu'aux autres amendes ou sanctions infligées à ce dernier par suite de la conduite répréhensible en cause. (5) En règle générale, des dommages-intérêts punitifs sont accordés seulement lorsque la conduite répréhensible resterait autrement impunie ou lorsque les autres sanctions ne permettent pas ou ne permettraient probablement pas de réaliser les objectifs de châtiement, dissuasion et dénonciation. (6) L'objectif de ces dommages-intérêts

(retribution), to deter the defendant and others from similar misconduct in the future (deterrence), and to mark the community's collective condemnation (denunciation) of what has happened. (8) Punitive damages are awarded only where compensatory damages, which to some extent are punitive, are insufficient to accomplish these objectives, and (9) they are given in an amount that is no greater than necessary to rationally accomplish their purpose. (10) The jury should be told that while normally the state would be the recipient of any fine or penalty for misconduct, the plaintiff will keep punitive damages as a "windfall" in addition to compensatory damages. (11) Judges and juries in our system have usually found that moderate awards of punitive damages, which inevitably carry a stigma in the broader community, are generally sufficient. While the jury charge in this case was skeletal, it was upheld by the Court of Appeal (unanimous on this point) and, with hesitation, this Court should not allow the appeal on that ground.

As to quantum, the award of \$1 million in punitive damages was more than this Court would have awarded, but was still within the high end of the range where juries are free to make their assessment.

Per LeBel J. (dissenting on the appeal): While the respondent's bad faith in its handling of the claim, up to and during the trial, amply justifies awarding punitive damages, an award of \$1 million — three times the compensation for loss of property — goes well beyond a rational and appropriate use of this kind of remedy. This case started as litigation based on a home insurance contract. The appellant suffered a loss and encountered obduracy and bad faith on the part of the respondent. There was no evidence that such conduct was a regular incident of the respondent's way of running its business. Nor is such behaviour widespread in the Canadian insurance industry. The need for general deterrence here is far from clear. Concerns about industry practices should mainly be addressed through the appropriate regulatory and penal regimes, rather than through haphazard punitive damages awards.

The award fails the rationality test because its sole purpose is to punish bad faith and unfair dealing by the

n'est pas d'indemniser le demandeur, mais (7) de punir le défendeur comme il le mérite (châtiment), de le décourager — lui et autrui — d'agir ainsi à l'avenir (dissuasion) et d'exprimer la condamnation de l'ensemble de la collectivité à l'égard des événements (dénonciation). (8) Ils sont accordés seulement lorsque les dommages-intérêts compensatoires, qui ont dans une certaine mesure un caractère punitif, ne permettent pas de réaliser ces objectifs. (9) Leur quantum ne doit pas dépasser la somme nécessaire pour réaliser rationnellement l'objectif visé. (10) Bien que l'État soit généralement le bénéficiaire des amendes ou sanctions infligées pour cause de conduite répréhensible, les dommages-intérêts punitifs constituent pour le demandeur un « profit inattendu » qui s'ajoute aux dommages-intérêts compensatoires. (11) Dans notre système de justice, les juges et les jurys estiment que des dommages-intérêts punitifs modérés sont généralement suffisants, puisqu'ils entraînent inévitablement une stigmatisation sociale. Bien que l'exposé fait au jury en l'espèce fût sommaire, la Cour d'appel en a confirmé la validité (son opinion étant unanime sur ce point), et, non sans certaines hésitations, notre Cour ne saurait retenir ce moyen d'appel.

Pour ce qui est du quantum, la somme de un million de dollars accordée au titre des dommages-intérêts punitifs est plus élevée que celle qu'aurait accordée notre Cour, mais elle reste en deçà de la limite supérieure de la fourchette à l'intérieur de laquelle les jurés sont libres d'agir.

Le juge LeBel (dissident quant au pourvoi principal) : Bien que la mauvaise foi dont l'intimée a fait preuve dans le traitement de la demande d'indemnité jusqu'au procès et durant celui-ci justifie amplement d'accorder des dommages-intérêts punitifs, une somme de un million de dollars — qui correspond environ au triple du montant de l'indemnité accordée pour la perte de la propriété — dépasse de beaucoup les limites rationnelles et appropriées de ce type de sanction. À l'origine, la présente affaire était un litige fondé sur un contrat d'assurance-habitation. L'appelante, qui a subi une perte, s'est heurtée à l'entêtement et à la mauvaise foi de l'intimée. On n'a toutefois produit aucune preuve indiquant que cette conduite survient régulièrement dans le cours des activités de l'intimée. Un tel comportement n'est pas non plus monnaie courante dans le secteur canadien de l'assurance. Le besoin de dissuasion générale est loin d'être évident en l'espèce. Les solutions aux pratiques inquiétantes observées dans un secteur d'activités donné devraient être apportées par le truchement des régimes de réglementation ou régimes pénaux applicables et non en accordant au hasard des dommages-intérêts punitifs.

La décision d'accorder la somme contestée ne satisfait pas au critère de la rationalité, étant donné qu'elle

respondent. The award also fails the proportionality test because the punishment far exceeds whatever property or economic losses may have been caused by the non-performance of the contract. The Court of Appeal properly set the amount of punitive damages at a sum that is consistent with the nature and purpose of punitive damages in the law of torts. The amount appears reasonable and proportionate. It imposed significant punishment for the bad faith of the respondent without upsetting the proper balance between the compensatory and punitive functions of tort law. Predictability and consistency should be factored into situations where the nature of the damages suffered makes it difficult for a jury to determine a proper quantum. Setting punitive damages at amounts that do not significantly exceed the real economic loss would leave them in their proper place within the scheme of the law of torts. Where trials are held with a judge and jury, instructions on the range of awards would be useful. The jury should be instructed clearly that an award of general damages may also amount to all the punishment that is necessary in a given case.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; **referred to:** *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] A.C. 1027, aff'g [1971] 2 Q.B. 354; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 701 So.2d 507 (1997); *Wilkes v. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489; *Huckle v. Money* (1763), 2 Wils. K.B. 206, 95 E.R. 768; *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563; *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] 3 All E.R. 193; *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118; *Taylor v. Beere*, [1982] 1 N.Z.L.R. 81; *Conway v. Irish National Teachers' Organisation* (1991), 11 I.L.R.M. 497; *John v. MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586; *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1997] 2 All E.R. 762; *Lamb v. Cotogno* (1987), 164 C.L.R. 1; *XL Petroleum (N.S.W.) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.* (1985), 155 C.L.R. 448; *Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren* (1966), 117 C.L.R. 185; *Whitfeld v. De Lauret & Co.* (1920), 29

a pour seule fin de punir la mauvaise foi et le traitement inéquitable dont s'est rendue coupable l'intimée. Elle ne satisfait pas non plus au critère de la proportionnalité parce que la punition excède de beaucoup les pertes économiques ou matérielles susceptibles d'avoir été causées par l'inexécution du contrat. La Cour d'appel a à juste titre fixé les dommages-intérêts punitifs à une somme compatible avec la nature et l'objet de cette sanction en droit de la responsabilité civile délictuelle. La somme paraît raisonnable et proportionnée. Elle sanctionne de façon non négligeable la mauvaise foi de l'intimée sans compromettre le juste équilibre entre les fonctions compensatoire et punitive du droit de la responsabilité civile délictuelle. Il faut incorporer un certain degré de prévisibilité et de cohérence à l'analyse lorsque, en raison de la nature des dommages subis, il est difficile pour le jury d'établir le quantum approprié. Le fait d'accorder, au titre des dommages-intérêts punitifs, une somme qui n'excède pas de façon substantielle la perte économique réelle, conserve à cette forme de dommages-intérêts la place qui lui revient au sein du droit de la responsabilité civile délictuelle. Dans les procès devant juge et jury, il serait utile de renseigner les jurys sur la fourchette des sommes déjà accordées au titre des dommages-intérêts. Il faut préciser clairement aux jurés que, dans une affaire donnée, des dommages-intérêts généraux peuvent également constituer une sanction suffisante.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; **arrêts mentionnés :** *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] A.C. 1027, conf. [1971] 2 Q.B. 354; *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 701 So.2d 507 (1997); *Wilkes c. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489; *Huckle c. Money* (1763), 2 Wils. K.B. 206, 95 E.R. 768; *Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563; *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129; *Kuddus c. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] 3 All E.R. 193; *Uren c. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118; *Taylor c. Beere*, [1982] 1 N.Z.L.R. 81; *Conway c. Irish National Teachers' Organisation* (1991), 11 I.L.R.M. 497; *John c. MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586; *Thompson c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1997] 2 All E.R. 762; *Lamb c. Cotogno* (1987), 164 C.L.R. 1; *XL Petroleum (N.S.W.) Pty. Ltd. c. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.* (1985), 155 C.L.R. 448; *Australian Consolidated Press Ltd. c. Uren* (1966),

- C.L.R. 71; *Gray v. Motor Accident Commission* (1998), 196 C.L.R. 1; *M'Comb v. Low* (1873), 1 N.Z. Jur. 49; *Donselaar v. Donselaar*, [1982] 1 N.Z.L.R. 97; *Daniels v. Thompson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 22; *Cook v. Evatt* (No. 2), [1992] 1 N.Z.L.R. 676; *McLaren Transport Ltd. v. Somerville*, [1996] 3 N.Z.L.R. 424; *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299; *Coloca v. B.P. Australia Ltd.*, [1992] 2 V.R. 441; *L. v. Robinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 499; *Ellison v. L.*, [1998] 1 N.Z.L.R. 416; *Auckland City Council v. Blundell*, [1986] 1 N.Z.L.R. 732; *Green v. Matheson*, [1989] 3 N.Z.L.R. 564; *McKenzie v. Attorney-General*, [1992] 2 N.Z.L.R. 14; *Dunlea v. Attorney-General*, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *W. v. W.*, [1999] 2 N.Z.L.R. 1; *Cooper v. O'Connell*, No. 85/90-96, 1997 Ireland S.C. Lexis; *Day v. Woodworth*, 54 U.S. (13 How.) 363 (1851); *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342 (1872); *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, 1995 WL 360309; *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991); *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Denison v. Fawcett*, [1958] O.R. 312; *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; *Buxbaum (Litigation guardian of) v. Buxbaum*, [1997] O.J. No. 5166 (QL); *Glendale v. Drozdzik* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 106; *Pollard v. Gibson* (1986), 1 Y.R. 167; *Joanisse v. Y. (D.)* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 224; *Canada v. Lukasik* (1985), 18 D.L.R. (4th) 245; *Wittig v. Wittig* (1986), 53 Sask. R. 138; *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Edwards v. Harris-Intertype (Canada) Ltd.* (1983), 40 O.R. (2d) 558, aff'd (1984), 9 D.L.R. (4th) 319; *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9; *Starkman v. Delhi Court Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 152, aff'd (1961), 28 D.L.R. (2d) 269; *Gastebled v. Stuyck* (1973), 12 C.P.R. (2d) 102, aff'd (1974), 15 C.P.R. (2d) 137; *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; *Rieger v. Burgess*, [1988] 4 W.W.R. 577; *Lauscher v. Berryere* (1999), 172 D.L.R. (4th) 439; *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Patenaude v. Roy* (1994), 123 D.L.R. (4th) 78; *Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.* (1998), 223 A.R. 24; *Mustaji v. Tjin* (1996), 30 C.C.L.T. (2d) 53; *Québec (Curateur public) v. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* (1994), 66 Q.A.C. 1; *Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL); *Gerula v. Flores* (1995), 126 D.L.R. (4th) 506; *Walker v. D'Arcy Moving & Storage Ltd.* (1999), 117 O.A.C. 367; *United* 117 C.L.R. 185; *Whitfeld c. De Lauret & Co.* (1920), 29 C.L.R. 71; *Gray c. Motor Accident Commission* (1998), 196 C.L.R. 1; *M'Comb c. Low* (1873), 1 N.Z. Jur. 49; *Donselaar c. Donselaar*, [1982] 1 N.Z.L.R. 97; *Daniels c. Thompson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 22; *Cook c. Evatt* (No. 2), [1992] 1 N.Z.L.R. 676; *McLaren Transport Ltd. c. Somerville*, [1996] 3 N.Z.L.R. 424; *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299; *Coloca c. B.P. Australia Ltd.*, [1992] 2 V.R. 441; *L. c. Robinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 499; *Ellison c. L.*, [1998] 1 N.Z.L.R. 416; *Auckland City Council c. Blundell*, [1986] 1 N.Z.L.R. 732; *Green c. Matheson*, [1989] 3 N.Z.L.R. 564; *McKenzie c. Attorney-General*, [1992] 2 N.Z.L.R. 14; *Dunlea c. Attorney-General*, [2000] 3 N.Z.L.R. 136; *W. c. W.*, [1999] 2 N.Z.L.R. 1; *Cooper c. O'Connell*, No. 85/90-96, 1997 Ireland S.C. Lexis; *Day c. Woodworth*, 54 U.S. (13 How.) 363 (1851); *Fay c. Parker*, 53 N.H. 342 (1872); *Liebeck c. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, 1995 WL 360309; *Pacific Mutual Life Insurance Co. c. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991); *Honda Motor Co. c. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994); *TXO Production Corp. c. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993); *Cooper Industries, Inc. c. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Denison c. Fawcett*, [1958] O.R. 312; *Robitaille c. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228; *Buxbaum (Litigation guardian of) c. Buxbaum*, [1997] O.J. No. 5166 (QL); *Glendale c. Drozdzik* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 106; *Pollard c. Gibson* (1986), 1 Y.R. 167; *Joanisse c. Y. (D.)* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 224; *Canada c. Lukasik* (1985), 18 D.L.R. (4th) 245; *Wittig c. Wittig* (1986), 53 Sask. R. 138; *Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Edwards c. Harris-Intertype (Canada) Ltd.* (1983), 40 O.R. (2d) 558, conf. par (1984), 9 D.L.R. (4th) 319; *Grenn c. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9; *Starkman c. Delhi Court Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 152, conf. par (1961), 28 D.L.R. (2d) 269; *Gastebled c. Stuyck* (1973), 12 C.P.R. (2d) 102, conf. par (1974), 15 C.P.R. (2d) 137; *Paragon Properties Ltd. c. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156; *Rieger c. Burgess*, [1988] 4 W.W.R. 577; *Lauscher c. Berryere* (1999), 172 D.L.R. (4th) 439; *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104; *Patenaude c. Roy* (1994), 123 D.L.R. (4th) 78; *Recovery Production Equipment Ltd. c. McKinney Machine Co.* (1998), 223 A.R. 24; *Mustaji c. Tjin* (1996), 30 C.C.L.T. (2d) 53; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* (1994), 66 Q.A.C. 1; *Matusiak c. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL); *Gerula c. Flores* (1995), 126 D.L.R. (4th) 506; *Walker v. D'Arcy Moving & Storage Ltd.* (1999), 117 O.A.C. 367; *United*

Services Funds (Trustees) v. Hennessey, [1994] O.J. No. 1391 (QL); *Williams v. Motorola Ltd.* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 76; *Procor Ltd. v. U.S.W.A.* (1990), 71 O.R. (2d) 410; *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65; *Horseshoe Bay Retirement Society v. S.I.F. Development Corp.* (1990), 66 D.L.R. (4th) 42; *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Muir v. Alberta*, [1996] 4 W.W.R. 177; *R. (L.) v. Nyp* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 309; *Weinstein v. Bucar*, [1990] 6 W.W.R. 615; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1994), 84 F.T.R. 197, rev'd [1996] 3 F.C. 40; *Westbank Band of Indians v. Tomat*, [1989] B.C.J. No. 1638 (QL).

By LeBel J. (dissenting on the appeal)

Ratyck v. Bloomer, [1990] 1 S.C.R. 940; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Caron v. Chodan Estate* (1992), 58 O.A.C. 173; *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Howes v. Crosby* (1984), 45 O.R. (2d) 449.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 118.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 25.06(9).

Authors Cited

Chapman, Bruce, and Michael Trebilcock. "Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale" (1989), 40 *Ala. L. Rev.* 741.
Feldthusen, Bruce. "Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes", [1998] *N.Z. L. Rev.* 741.

126 D.L.R. (4th) 506; *Walker c. D'Arcy Moving & Storage Ltd.* (1999), 117 O.A.C. 367; *United Services Funds (Trustees) c. Hennessey*, [1994] O.J. No. 1391 (QL); *Williams c. Motorola Ltd.* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 76; *Procor Ltd. c. U.S.W.A.* (1990), 71 O.R. (2d) 410; *Claiborne Industries Ltd. c. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65; *Horseshoe Bay Retirement Society c. S.I.F. Development Corp.* (1990), 66 D.L.R. (4th) 42; *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322; *Muir c. Alberta*, [1996] 4 W.W.R. 177; *R. (L.) c. Nyp* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 309; *Weinstein c. Bucar*, [1990] 6 W.W.R. 615; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Nantel c. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79; *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 84 F.T.R. 197, inf. par [1996] 3 C.F. 40; *Westbank Band of Indians c. Tomat*, [1989] B.C.J. No. 1638 (QL).

Citée par le juge LeBel (dissident quant au pourvoi principal)

Ratyck c. Bloomer, [1990] 1 R.C.S. 940; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Caron c. Chodan Estate* (1992), 58 O.A.C. 173; *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597; *Howes c. Crosby* (1984), 45 O.R. (2d) 449.

Lois et règlements cités

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 118.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 25.06(9).

Doctrine citée

Chapman, Bruce, and Michael Trebilcock. « Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale » (1989), 40 *Ala. L. Rev.* 741.
Feldthusen, Bruce. « Punitive Damages : Hard Choices and High Stakes », [1998] *N.Z. L. Rev.* 741.

- Feldthusen, Bruce. "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 241.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 9. Sydney: Butterworths, 1995.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 12(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
- Hibbert, Christopher. *The Roots of Evil: A Social History of Crime and Punishment*. Boston: Little, Brown, 1963.
- Ireland. Law Reform Commission. *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages*. Dublin: The Commission, 1998.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- McGregor on Damages*, 16th ed. By Harvey McGregor. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991.
- Schlueter, Linda L., and Kenneth R. Redden. *Punitive Damages*, vol. 1, 4th ed. New York: Lexis, 2000.
- United Kingdom. House of Commons, 6th series, Written Answers to Questions, November 9, 1999.
- United Kingdom. Law Commission for England and Wales, Report 247. *Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages*, December 16, 1997.
- Vogel, Paul G. *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 1990, release No. 1).
- Watson, Garry D., and Craig Perkins. *Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2001, release No. 5).
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.
- Windeyer, William John Victor. *Lectures on Legal History*, 2nd ed. rev. Sydney: Law Book, 1957.
- Feldthusen, Bruce. « Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages » (1990), 16 *Rev. can. d. comm.* 241.
- Halsbury's Laws of Australia*, vol. 9. Sydney: Butterworths, 1995.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 12(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
- Hibbert, Christopher. *The Roots of Evil : A Social History of Crime and Punishment*. Boston : Little, Brown, 1963.
- Ireland. Law Reform Commission. *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages*. Dublin : The Commission, 1998.
- Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, vol. 1, 6^e éd. Ottawa : CFORP, 2001.
- McGregor on Damages*, 16th ed. By Harvey McGregor. London : Sweet & Maxwell, 1997.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Rapport sur les dommages-intérêts exemplaires*. Toronto : La Commission, 1991.
- Royaume-Uni. House of Commons, 6th series, Written Answers to Questions, November 9, 1999.
- Royaume-Uni. Law Commission for England and Wales. Report 247. *Aggravated, Exemplary and Restitutory Damages*, December 16, 1997.
- Schlueter, Linda L., and Kenneth R. Redden. *Punitive Damages*, vol. 1, 4th ed. New York : Lexis, 2000.
- Vogel, Paul G. *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1989 (loose-leaf updated 1990, release No. 1).
- Watson, Garry D., and Craig Perkins. *Holmsted and Watson : Ontario Civil Procedure*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2001, release No. 5).
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1995.
- Windeyer, William John Victor. *Lectures on Legal History*, 2nd ed. rev. Sydney : Law Book, 1957.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 42 O.R. (3d) 641, 170 D.L.R. (4th) 280, 117 O.A.C. 201, 32 C.P.C. (4th) 3, [1999] I.L.R. ¶ I-3659, [1999] O.J. No. 237 (QL), allowing in part the respondent's appeal from a judgment of the Ontario Court (General Division) (1996), 132 D.L.R. (4th) 568, 47 C.P.C. (3d) 229, [1996] O.J. No. 227 (QL). Appeal allowed, LeBel J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Gary R. Will and Anil Varma, for the appellant/respondent on cross-appeal.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 42 O.R. (3d) 641, 170 D.L.R. (4th) 280, 117 O.A.C. 201, 32 C.P.C. (4th) 3, [1999] I.L.R. ¶ I-3659, [1999] O.J. No. 237 (QL), qui a accueilli en partie l'appel formé par l'intimée contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 132 D.L.R. (4th) 568, 47 C.P.C. (3d) 229, [1996] O.J. No. 227 (QL). Pourvoi principal accueilli, le juge LeBel est dissident. Pourvoi incident rejeté.

Gary R. Will et Anil Varma, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Neil Finkelstein, Melanie L. Aitken and Russell Cohen, for the intervener the Insurance Council of Canada.

Robert B. Munroe, Andrew J. Spurgeon and Thomas P. Connolly, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

BINNIE J. — This case raises once again the spectre of uncontrolled and uncontrollable awards of punitive damages in civil actions. The jury was clearly outraged by the high-handed tactics employed by the respondent, Pilot Insurance Company, following its unjustified refusal to pay the appellant's claim under a fire insurance policy (ultimately quantified at approximately \$345,000). Pilot forced an eight-week trial on an allegation of arson that the jury obviously considered trumped up. It forced her to put at risk her only remaining asset (the insurance claim) plus approximately \$320,000 in legal costs that she did not have. The denial of the claim was designed to force her to make an unfair settlement for less than she was entitled to. The conduct was planned and deliberate and continued for over two years, while the financial situation of the appellant grew increasingly desperate. Evidently concluding that the arson defence from the outset was unsustainable and made in bad faith, the jury added an award of punitive damages of \$1 million, in effect providing the appellant with a "windfall" that added something less than treble damages to her actual out-of-pocket loss. The respondent argues that the award of punitive damages is itself outrageous.

Earl A. Cherniak, Q.C., et Kirk F. Stevens, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Neil Finkelstein, Melanie L. Aitken et Russell Cohen, pour l'intervenant le Conseil d'assurances du Canada.

Robert B. Munroe, Andrew J. Spurgeon et Thomas P. Connolly, pour l'intervenante l'Ontario Trial Lawyers Association.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE BINNIE — La Cour est à nouveau saisie d'un pourvoi faisant apparaître le spectre de l'explosion des sommes accordées au titre des dommages-intérêts punitifs en matière civile. Le jury a clairement été indigné par les tactiques abusives employées par l'intimée, Pilot Insurance Company (ci-après « Pilot » ou « l'intimée »), à la suite de son refus injustifié de régler la demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie (réclamation finalement établie à environ 345 000 \$). Pilot a imposé à l'appelante un procès de huit semaines, fondé sur une allégation d'incendie criminel que le jury a manifestement considéré comme étant forgée de toutes pièces. Pilot a forcé l'appelante à risquer son dernier élément d'actif (son droit à une indemnité d'assurance) et à s'endetter d'environ 320 000 \$ en frais de justice. Le rejet de la demande d'indemnité visait à la contraindre à accepter un règlement inéquitable, une somme inférieure à celle à laquelle elle avait droit. L'intimée s'est livrée, avec préméditation et de propos délibéré, à la conduite reprochée pendant plus de deux ans, tandis que la situation financière de l'appelante devenait de plus en plus désespérée. Estimant de toute évidence que la défense d'incendie criminel était d'entrée de jeu insoutenable et présentée de mauvaise foi, le jury a de plus accordé à l'appelante des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars, profit inattendu qui est venu ajouter à la somme obtenue pour la perte réellement subie des dommages-intérêts correspondant à moins du triple de cette somme. L'intimée soutient que la décision même d'accorder des dommages-intérêts punitifs est inacceptable.

2

The appellant, Daphne Whiten, bought her home in Haliburton County, Ontario, in 1985. Just after midnight on January 18, 1994, when she and her husband Keith were getting ready to go to bed, they discovered a fire in the addition to their house. They and their daughter, who had also been upstairs, fled the house wearing only their night clothes. It was minus 18 degrees Celsius. Mr. Whiten gave his slippers to his daughter to go for help and suffered serious frostbite to his feet for which he was hospitalized. He was thereafter confined to a wheelchair for a period of time. The fire totally destroyed the Whitens' home and its contents, including their few valuable antiques and many items of sentimental value and their three cats.

3

The appellant was able to rent a small winterized cottage nearby for \$650 per month. Pilot made a single \$5000 payment for living expenses and covered the rent for a couple of months or so, then cut off the rent without telling the family, and thereafter pursued a hostile and confrontational policy which the jury must have concluded was calculated to force the appellant (whose family was in very poor financial shape) to settle her claim at substantially less than its fair value. The allegation that the family had torched its own home was contradicted by the local fire chief, the respondent's own expert investigator, and its initial expert, all of whom said there was no evidence whatsoever of arson. The respondent's position, based on wishful thinking, was wholly discredited at trial. Pilot's appellate counsel conceded here and in the Ontario Court of Appeal that there was no air of reality to the allegation of arson.

4

A majority of the Ontario Court of Appeal allowed the appeal in part and reduced the punitive damage award to \$100,000. In my view, on the exceptional facts of this case, there was no basis on

L'appelante, Daphne Whiten, s'était achetée une maison en 1985 dans le comté d'Haliburton en Ontario. Le 18 janvier 1994, tout juste après minuit, au moment où son mari et elle s'apprêtaient à se mettre au lit, ils ont constaté qu'un incendie s'était déclaré dans une annexe située à l'arrière de la maison. Après avoir alerté leur fille, qui se trouvait elle aussi à l'étage, ils sont sortis précipitamment de la maison, en vêtements de nuit. Il faisait moins 18 degrés Celsius. Ayant donné ses pantoufles à sa fille pour qu'elle aille demander de l'aide, M. Whiten a subi de graves engelures aux pieds qui ont nécessité son hospitalisation. Il a dû ensuite se déplacer en fauteuil roulant pendant quelque temps. Le feu a complètement détruit la maison des Whiten et son contenu, y compris leurs trois chats et les quelques objets anciens de valeur qu'ils possédaient et beaucoup d'articles ayant une valeur sentimentale.

L'appelante a pu louer, non loin de chez elle, un chalet toutes saisons pour 650 \$ par mois. Pilot a effectué un seul versement de 5 000 \$ au titre des frais de subsistance. Après avoir payé le loyer pendant quelques mois, Pilot a cessé de le faire, sans aviser la famille de cette décision. Par la suite, elle a adopté une attitude empreinte d'hostilité et d'antagonisme qui, selon ce qu'a dû conclure le jury, visait à forcer l'appelante (dont la famille était dans une situation financière très précaire) à accepter un règlement considérablement inférieur à la juste valeur de la propriété. La prétention de l'intimée selon laquelle la famille avait elle-même incendié la maison était contredite par le chef du service d'incendie local, le propre enquêteur de l'intimée et l'expert auquel elle avait initialement fait appel, toutes ces personnes ayant affirmé qu'il n'existait pas la moindre preuve d'incendie criminel. La thèse de l'intimée, qui participait davantage du vœu pieux que du réalisme, a été entièrement rejetée au procès. Tant devant notre Cour que devant la Cour d'appel de l'Ontario, les avocats de Pilot ont concédé que l'allégation d'incendie criminel n'avait aucune vraisemblance.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont accueilli l'appel en partie et réduit les dommages-intérêts punitifs à 100 000 \$. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente

which to interfere with the jury award. The award, though very high, was rational in the specific circumstances disclosed in the evidence and within the limits that a jury is allowed to operate. The appellant was faced with harsh and unreasoning opposition from an insurer whose policy she had purchased for peace of mind and protection in just such an emergency. The jury obviously concluded that people who sell peace of mind should not try to exploit a family in crisis. Pilot, as stated, required the appellant to spend \$320,000 in legal costs to collect the \$345,000 that was owed to her. The combined total of \$665,000 at risk puts the punitive damage awards in perspective. An award of \$1 million in punitive damages is certainly at the upper end of a sustainable award on these facts but not beyond it. I would allow the appeal and restore the jury award of \$1 million in punitive damages.

I. Facts

The facts surrounding the fire itself have already been briefly mentioned. The origin of the fire was never discovered but everyone who investigated the fire in the six months after it occurred concluded that it was accidental. The first persons to investigate the fire were the fire chief and firefighters called to the scene. The fire chief thought, and he was eventually shown to be correct, that the fire was caused at a single point of origin by a malfunctioning kerosene heater in the porch of the addition. This was where the fire was first observed and also the area which had sustained the most fire damage. The firefighters saw no evidence of arson and therefore they did not request the Fire Marshal's office to investigate.

Pilot retained an experienced independent insurance adjuster, Derek Francis, to investigate the loss. Francis inspected the site and interviewed the

affaire, je suis d'avis que rien ne justifiait de modifier la somme accordée par le jury. Quoique très élevée, cette somme était rationnelle eu égard aux circonstances particulières révélées par la preuve et elle se situait dans la fourchette applicable. L'appelante a dû affronter l'opposition acharnée et irrationnelle de l'assureur auprès de qui elle avait souscrit une police afin de pouvoir dormir en paix et d'être protégée justement en cas d'urgence de cette nature. Le jury a manifestement estimé que des gens qui vendent de la tranquillité d'esprit ne doivent pas essayer d'exploiter une famille qui vit une situation difficile. Comme il a été mentionné plus tôt, Pilot a obligé l'appelante à dépenser 320 000 \$ en frais de justice pour obtenir paiement des 345 000 \$ qui lui étaient dus. Le total de ces deux sommes, c.-à-d. 665 000 \$, permet de relativiser le quantum des dommages-intérêts punitifs. Eu égard aux faits de l'espèce, les dommages-intérêts punitifs de un million de dollars se situent certainement à la limite supérieure de la fourchette applicable, mais ils ne l'excèdent pas. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars.

I. Les faits

Les faits relatifs à l'incendie lui-même ont déjà été brièvement mentionnés. L'origine du sinistre n'a jamais été découverte, mais tous ceux qui ont fait enquête sur l'incendie dans les six mois qui l'ont suivi ont conclu qu'il avait été accidentel. Les premiers enquêteurs ont été le chef du service d'incendie et les pompiers appelés sur les lieux. Le chef du service d'incendie a estimé — et la suite des événements lui a donné raison — que l'incendie, qui n'avait eu qu'un seul foyer initial, fut allumé par un appareil de chauffage au kérosène défectueux se trouvant dans le porche. C'est là que le feu a été découvert et c'est aussi l'endroit qui a été le plus endommagé par les flammes. N'ayant relevé aucune preuve d'incendie criminel, les pompiers n'ont pas demandé au commissaire des incendies de faire enquête.

Pilot a demandé à un expert d'assurance indépendant et expérimenté, M. Derek Francis, de faire enquête sur le sinistre. Ce dernier a inspecté les

Whitens, who freely acknowledged that they had both been unemployed and had financial difficulties. Francis also interviewed the firefighters about the speed at which the fire spread, a key indicator of arson. Both the physical evidence and the Whitens' conduct satisfied Francis that the fire was accidental and on February 3, 1994 he reported to Pilot that "there is no suspicion of arson on behalf of the insureds or any members of their family".

7

Francis made further investigations during which he determined that although the Whitens' mortgage payments were in arrears, refinancing was being arranged. It appears that Pilot's Senior Claims Examiner, Mr. Chris Porter, was already moving towards the conclusion that the claim should be disputed based on his suspicions of the family's financial problems. In a letter dated February 25, 1994, Francis wrote to Pilot:

As outlined in my 2nd report with the physical evidence we have and the fact that the insured was attempting to arrange financing through another source and pay off the existing mortgage, there is little or no base [sic] to deny this claim. I certainly agree with your train of thought and if we did not have the physical evidence and the information from the insured's solicitor that he was arranging financing for the Whitens, then my recommendations would certainly be opposite to what they are today. Unfortunately we must deal with the facts on hand and proceed with the adjustment accordingly in my opinion. [Emphasis added.]

8

Pilot did not agree that "there is little or no base [sic] to deny this claim", although at that stage it had no evidence to support a defence of arson. It refused to accept Francis's recommendations and decided to deny the claim. It did not tell Francis why it would not pay the claim and Francis in turn did not advise the Whitens of what was happening.

lieux et a interrogé les Whiten, lesquels ont volontiers reconnu qu'ils étaient tous deux sans emploi et aux prises avec des difficultés financières. Il a également questionné les pompiers au sujet de la vitesse de propagation des flammes, indice clé en matière d'incendie criminel. Tant les éléments de preuve matérielle que la conduite des Whiten ont convaincu M. Francis que l'incendie était accidentel. Le 3 février 1994, ce dernier a indiqué à Pilot qu'[TRADUCTION] « il n'y avait pas lieu de soupçonner les assurés ou un membre de leur famille d'incendie criminel ».

Poursuivant son enquête, M. Francis a signalé que, même si les Whiten accusaient du retard dans leurs versements hypothécaires, ils étaient en train de négocier un refinancement. Il semble cependant que le rédacteur-sinistres principal de Pilot, M. Chris Porter, était déjà enclin à conclure que la demande d'indemnité devait être contestée, sur le fondement des soupçons que lui inspiraient les difficultés financières de la famille. Dans une lettre datée du 25 février 1994, M. Francis a écrit ce qui suit à Pilot :

[TRADUCTION] Comme je le signalais dans mon deuxième rapport, compte tenu des éléments de preuve matérielle dont nous disposons et du fait que l'assurée tentait d'obtenir du financement d'une autre source pour payer son hypothèque, il existe peu de raisons, sinon aucune, de refuser la demande d'indemnité. Je suis certes d'accord avec votre logique et, si ce n'était des éléments de preuve matérielle dont nous disposons et du renseignement fourni par l'avocat de l'assurée, selon lequel il cherchait à obtenir du financement pour les Whiten, mes recommandations seraient certes tout le contraire de ce qu'elles sont aujourd'hui. Malheureusement, nous devons tenir compte des faits existants et, à mon avis, procéder au règlement en conséquence. [Je souligne.]

Pilot n'a pas retenu l'opinion qu'« il exist[ait] peu de raisons, sinon aucune, de refuser la demande d'indemnité », bien qu'elle ne disposât alors d'aucun élément de preuve permettant de plaider, en défense, l'incendie criminel. Elle a rejeté les recommandations de M. Francis et a décidé de refuser la demande d'indemnité. Elle n'a pas fait part des motifs de ce refus à M. Francis, qui n'a pas informé les Whiten de ce qui se passait.

Pilot requested the Insurance Crime Prevention Bureau, a body set up by the insurance industry, to review the analysis of Pilot's investigator. By letter dated February 25, 1994, the Bureau reported that "we wouldn't have a leg to stand on as far as declining the claim". Pilot, having asked for the opinion, then apparently decided that the Bureau's evaluator was not in fact qualified to render an opinion. No one from Pilot testified as to why the claims examiner, and subsequently Pilot's Branch Manager, Mr. Steven Carter, rejected this advice as well.

In March 1994, Pilot's Head Office, with nothing to go on except some vague suspicions, instructed Francis to tell the landlord of the cottage that the appellant was renting that it was no longer going to pay the rent. Francis communicated this to the landlord but never told the appellant. We do not know why there was no communication. It was the depth of winter. The respondent's Head Office made this decision with full knowledge that the Whitens were in desperate financial circumstances.

Pilot then instructed Francis to pursue other inquiries about the fire. Francis conducted these inquiries but still ruled out arson. On April 28, 1994, he confirmed his opinion to Pilot. In his reporting letter, he noted that he had come upon the Whitens unannounced and unexpected at the scene of the fire and found them sorting through the debris "trying to salvage anything that might have been left as a result of the fire". He observed the appellant cleaning a small porcelain figure "with her fingers in an obvious attempt to salvage this item". He reported that he "felt this genuine concern to try and see what could be salvaged now that the weather has afforded this opportunity [is] out of character for someone who might be involved in a suspicious fire".

After receiving Francis's report of April 28, 1994, Pilot removed Francis from the case and hired another adjuster, James Couch, who lived in Owen

Pilot a demandé au Service anti-crime des assureurs, organisme créé par le secteur de l'assurance, d'examiner l'analyse de son enquêteur. Dans une lettre datée du 25 février 1994, l'organisme a écrit ceci à Pilot : [TRADUCTION] « Nous n'aurions aucun argument valable à faire valoir pour refuser la demande d'indemnité ». Après avoir demandé cette opinion, Pilot a apparemment jugé que l'évaluateur de l'organisme n'était pas compétent pour formuler une opinion sur la question. Personne au sein de la société d'assurance n'a témoigné sur les raisons pour lesquelles le rédacteur-sinistres et, subséquemment, le directeur de succursale de Pilot, M. Steven Carter, ont eux aussi rejeté cet avis.

Au mois de mars 1994, sur le seul fondement de vagues soupçons, le siège social de Pilot a donné instruction à M. Francis d'informer le propriétaire du chalet loué par l'appelante que la société d'assurance cessait de payer le loyer. Monsieur Francis a transmis ce message au propriétaire, mais il n'a rien dit à l'appelante. Nous ne savons pas pourquoi il ne l'a pas fait. On était en plein cœur de l'hiver. Le siège social de l'intimée a pris cette décision, bien que parfaitement au fait de la situation financière désastreuse des Whitens.

Pilot a ensuite donné instruction à M. Francis de continuer d'enquêter sur l'incendie. Ce dernier a poursuivi ses recherches, mais il a continué à écarter la thèse de l'incendie criminel. Le 28 avril 1994, il a confirmé son opinion à Pilot. Dans sa lettre-rapport à Pilot, M. Francis a mentionné qu'il s'était présenté à l'improviste à la maison incendiée des Whitens et les avait trouvés en train de fouiller les décombres pour [TRADUCTION] « essayer de récupérer tout ce qui avait pu échapper aux flammes ». Il a vu l'appelante nettoyer un bibelot de porcelaine « avec ses doigts, de toute évidence pour sauver l'objet ». Il a précisé que « ce désir authentique de récupérer ce qui pouvait l'être, maintenant que le temps le permet, ne ressemble en rien au comportement de quelqu'un qui serait impliqué dans un incendie suspect ».

Après avoir reçu le rapport du 28 avril 1994 de M. Francis, Pilot lui a retiré le dossier et a engagé un autre expert, M. James Couch, qui vivait à Owen

9

10

11

12

Sound, a couple of hundred kilometres distant. At trial, no one on behalf of Pilot testified as to why Pilot stopped using Francis.

13 Pilot also retained an engineering expert, Hugh Carter. His initial report was made on January 28, 1994. In that report, he concluded that the fire was accidental. He gave two further reports in which he stated the same opinion. Carter then received a letter dated May 4, 1994 from the respondent's trial counsel, Donald Crabbe, which adverted to the arson theory:

One wonders whether the Whitens, even if they did not set the fire, sat back and allowed it to achieve a level that was convenient to them.

We need to be on top of this matter and to do it quickly. The other side has retained a lawyer and they are making noises of bad faith. The matter has to be revisited in its entirety, stripped down to the bare facts and rebuilt.

14 Hugh Carter concluded that he may have been misunderstood. He requested a meeting but did not get one at the time. The jury must have concluded that he had not provided the opinion his client wanted to hear.

15 The statement of claim was issued on May 27, 1994. On June 7, 1994, after a further site investigation, Carter did meet with Donald Crabbe and after the meeting, he reclassified the fire as "suspicious, possibly incendiary". Pilot now concedes that Crabbe likely influenced Carter to change his opinion.

16 In its factum before this Court, Pilot also conceded that in addition to the Senior Claims Examiner and the Branch Manager, the latter's "superior, George Hamilton (assistant to the Vice-President in charge of claims), [was] copied with all of the material on the file. Mr. Hamilton reported to Clifford Jones, Executive Vice President and Secretary" (para. 17). The misconduct was therefore not restricted to middle level management but was made known to the directing minds of the respondent company.

Sound, à quelques centaines de kilomètres de distance. Au procès, aucun témoin de Pilot n'a expliqué pourquoi l'on avait cessé de recourir aux services de M. Francis.

Pilot a également fait appel à un ingénieur, M. Hugh Carter, qui a conclu à un incendie accidentel dans son rapport initial le 28 janvier 1994. Deux autres rapports au même effet ont suivi. Monsieur Carter a ensuite reçu du plaideur retenu par l'intimée pour le procès, M. Donald Crabbe, une lettre datée du 4 mai 1994, qui reprenait la thèse de l'incendie criminel :

[TRADUCTION] On se demande si les Whitens, même s'ils n'ont pas mis le feu, ne l'ont pas laissé se propager jusqu'à un point qui leur convenait.

Nous devons prendre cette affaire en main, et rapidement. La partie adverse a retenu un avocat, et déjà ils parlent de mauvaise foi. Il faut revoir entièrement le dossier, s'attacher aux seuls faits et repartir de là.

Hugh Carter a conclu qu'il avait pu être mal compris. Il a demandé la tenue d'une rencontre, mais il n'y en a pas eu à ce moment-là. Le jury a dû en déduire que l'expert n'avait pas fourni l'opinion que sa cliente voulait entendre.

La déclaration a été délivrée le 27 mai 1994. Le 7 juin 1994, après avoir visité les lieux une nouvelle fois, M. Carter a finalement rencontré Donald Crabbe. Après la rencontre, il a reclassé l'incendie, le qualifiant de [TRADUCTION] « suspect, peut-être volontaire ». Pilot reconnaît maintenant que M. Crabbe a vraisemblablement amené M. Carter à changer d'opinion.

Dans le mémoire qu'elle a déposé devant notre Cour, Pilot a également admis que, outre le rédacteur-sinistres principal et le directeur de succursale, le [TRADUCTION] « supérieur [de ce dernier], M. George Hamilton (adjoint du vice-président aux règlements), lequel relevait de M. Clifford Jones, vice-président directeur et secrétaire de la société, avait reçu photocopie de tout le dossier » (par. 17). La conduite répréhensible n'était donc pas connue seulement des cadres intermédiaires. Les âmes dirigeantes de la société intimée en avaient également été informées.

The attitude of the respondent and its counsel is apparent from Crabbe's reporting letter dated June 9, 1994 to Pilot's Chris Porter and Steven Carter (Pilot's Branch Manager), parts of which read as follows:

The bottom line is that we have moved considerably with the upcoming engineer's report towards successfully denying this claim. We still need more evidence, but we moved significantly in the right direction on June 7th.

It appears that all three people directing the respondent's behaviour were agreed that the "right direction" was to deny the claim despite the lack of any evidence that the fire had been deliberately set. Crabbe continued:

In terms of the [appellant's] punitive damage claim arising from bad faith, this is a cloud with a silver lining. First of all, it gives Hugh Carter a platform from which to discuss the evolution of his opinion. . . . More importantly in this concept of "silver lining" is that the claim renders admissible evidence as to the previous fires in which the Whitens were involved, when otherwise there was a considerable risk that the "similar fact" evidence would not be admitted as a significant enough pattern had perhaps not been established.

The reference to the two "previous fires" was firstly to a fire that occurred in a cottage owned by the Whitens' son-in-law but rented out to a Mrs. Titro and secondly to another fire in another house previously occupied by Mrs. Titro. There was no apparent connection to the appellant or her family. At the Court of Appeal, Pilot conceded that evidence about these two fires was irrelevant and inadmissible. The reporting letter of June 9th continues:

You [Pilot] raise concerns that the other side has hired competent counsel and, frankly, I would not have it any other way and indeed it would be foolish to make any assumptions otherwise.

La lettre-rapport du 9 juin 1994, expédiée par M. Crabbe à Chris Porter et Steven Carter (directeur de succursale), tous deux de Pilot, illustre bien l'attitude de l'intimée et de son avocat. En voici un passage :

[TRADUCTION] Bref, le rapport que nous remettra sous peu l'ingénieur nous fera faire un grand pas en vue du rejet de la demande d'indemnité. Nous avons encore besoin d'éléments de preuve additionnels, mais nous avons fait un très grand pas dans la bonne direction le 7 juin dernier.

Il semble que les trois personnes qui déterminaient le comportement de l'intimée convenaient que la [TRADUCTION] « bonne direction » consistait à refuser la demande d'indemnité, malgré l'absence de tout élément de preuve établissant que l'incendie avait été allumé délibérément. Voici un autre passage de la lettre de M. Crabbe :

[TRADUCTION] Quant aux dommages-intérêts punitifs demandés [par l'appelante] relativement à l'allégation de mauvaise foi, on peut dire qu'il y a un bon côté à toute chose. Premièrement, cette conclusion fournit à Hugh Carter la possibilité d'expliquer l'évolution de son opinion. [. . .] Autre « avantage » encore plus important, cette conclusion rend admissible la preuve relative aux précédents incendies auxquels les Whitens ont été mêlés, alors qu'autrement il y aurait eu un risque considérable que la recevabilité de la preuve de « faits similaires » soit compromise parce que l'existence d'un comportement suffisamment systématique n'aurait peut-être pas été établie.

L'allusion à deux [TRADUCTION] « incendies antérieurs » visait, en premier lieu, un feu survenu dans un chalet appartenant au gendre des Whitens, mais qui était loué à une dame Titro, et, en deuxième lieu, un incendie survenu dans une autre maison précédemment occupée par M^{me} Titro. Il n'existait aucun lien apparent entre ces incendies et l'appelante ou sa famille. Devant la Cour d'appel, Pilot a concédé que la preuve relative à ces deux incendies n'était ni pertinente ni admissible. Dans la lettre-rapport du 9 juin, on ajoute ceci :

[TRADUCTION] Vous [Pilot] vous préoccupez du fait que la partie adverse ait engagé un avocat compétent mais, franchement, c'est ce que je ferais moi aussi, et il serait d'ailleurs imprudent de présumer qu'ils puissent agir autrement.

17

18

19

The jury must have asked itself why an insurer dealing in good faith with a policy holder would express “concern” to its own lawyer that she had hired competent counsel. Crabbe continued:

What we know is that counsel for the Plaintiff is advancing a claim based only on what the Plaintiff has told him. One can imagine the assertions of innocence and the exclusion of any reference to material that might be incriminating. I imagine the motivation was explored in terms of the financially bad times the family had fallen upon, but beyond that, the fire and all of its circumstances and the previous fires will not have been fully disclosed, if at all, to opposing counsel. By the time all of this evidence is disclosed, and coupled with the risk of a jury’s impression of it, competent counsel will view advancing the matter to trial as risky and [he] should be recommending a significant compromise, particularly in view of the fact that a trial will take quite some time. [Emphasis added.]

20

It was never explained how the Whitens stood to profit from torching their own home. The fair market value of their house was \$157,000. The jury allowed \$160,000. The mortgage still had to be paid out of the proceeds, leaving the appellant with only the existing equity in her home. Had the claim been paid promptly, the only financial effect on the appellant would have been to convert the roof over her family’s head into cash and oblige them to become renters. Selling the house would have had more or less the same financial impact. It defies common sense to think they would have risked so much — including their daughter’s safety, all of their possessions and their cats — for so little. Pilot now concedes (fairly, in my view) that the letter of June 9, 1994 “evinced an attitude which gave priority to Pilot’s interests at the expense of a dispassionate and fair approach to the interests of Mrs. Whiten”.

21

Thereafter, Pilot retained a forensic engineer, a fire investigator and a firefighter. Pilot did not disclose Francis’s exculpatory reports to any of these individuals, but instead, through Donald Crabbe, furnished them with information about the speed of the fire that the trial judge characterized as

Le jury a dû se demander pourquoi un assureur traitant de bonne foi avec une titulaire de police dirait à son avocat être « préoccupé » par le fait que l’assurée a retenu les services d’un avocat compétent. Monsieur Crabbe a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] Ce que nous savons, c’est que la conclusion formulée par l’avocat de la demanderesse ne s’appuie que sur les dires de cette dernière. On peut imaginer qu’elle aura clamé son innocence et omis tout détail incriminant. Je suppose qu’ils ont dû parler de la motivation susceptible de découler de la situation financière précaire de la famille, mais je ne pense pas qu’on ait révélé à l’avocat de la partie adverse toutes les circonstances entourant l’incendie ainsi que les feux précédents, si tant est qu’on l’ait fait. Or, un avocat compétent prenant connaissance de tous ces éléments de preuve et conscient de l’impression qu’ils susciteront chez un jury verra un procès comme une entreprise risquée, et [il] devrait recommander un compromis substantiel compte tenu, en particulier, qu’un procès demandera beaucoup de temps. [Je souligne.]

Personne n’a expliqué ce que les Whitens auraient gagné à incendier leur propre maison. La juste valeur marchande de la maison était de 157 000 \$. Le jury a accordé 160 000 \$ à ce titre, mais il restait encore à payer l’hypothèque sur cette somme, ce qui ne laissait à l’appelante que la valeur nette de l’immeuble. Si la demande d’indemnité avait été payée promptement, ses seules incidences financières auraient été de convertir la résidence familiale en argent liquide et à obliger la famille à devenir locataire. La vente de la maison aurait produit sensiblement les mêmes conséquences financières. Il est totalement absurde d’imaginer que la famille aurait risqué autant — notamment la sécurité de leur fille, tous leurs biens ainsi que leurs chats — pour si peu. Pilot concède maintenant (à juste titre selon moi) que la lettre du 9 juin 1994 [TRADUCTION] « témoignait d’une attitude qui donnait priorité aux intérêts de Pilot, au préjudice d’une appréciation objective et équitable des intérêts de M^{me} Whiten ».

Par la suite, Pilot a retenu les services d’un ingénieur légiste, d’un enquêteur en incendies et d’un pompier. Pilot n’a communiqué à aucune de ces personnes les rapports disculpatoires de M. Francis. Par l’intermédiaire de Donald Crabbe, elle leur a plutôt fourni des renseignements sur la rapidité de

misleading if not inaccurate. The firefighter insisted that the fire was likely accidental but the other two experts gave opinions that provided some support for an arson defence. One of them, Richard Kooren, based his opinion on the existence of signs of a fire accelerant. Crabbe wrote on May 11, 1995:

Aside from the burn pattern under the washer, Richard Kooren sees liquid accelerant burn patterns on the annex floor which are not innocent. However, these observations are not made by [Pilot's initial expert] Hugh Carter.

Pilot also conceded at the Court of Appeal that these inculpatory opinions were influenced by Crabbe.

The trial judge commented unfavourably about Crabbe's role in this litigation. He felt that his "enthusiasm for his client's case appears to have caused him to exceed the permissible limits which ought to confine a lawyer in the preparation of witnesses". At the Court of Appeal and in this Court, Pilot conceded that these comments were justified, but added:

. . . Pilot, not its counsel, made the decision to deny the claim and Pilot was fully aware, because it was a recipient of the letters, of counsel's "enthusiasm". Pilot recognizes that it bears the responsibility for what occurred.

The appellant was reinstated in her nursing position in July 1994 and received about \$40,000 in back pay in September 1994.

In the spring of 1995 the Whitens, in an attempt to satisfy Pilot that they did not set the fire, offered to take a polygraph test administered by an expert selected by Pilot. This was apparently accepted by the jury as a good faith offer made to allay Pilot's suspicions. Pilot refused, without giving any reasons.

propagation du feu, renseignements que le juge de première instance a qualifié de trompeurs, voire d'inexactes. Le pompier a maintenu que l'incendie était probablement accidentel, mais les deux autres experts ont donné des opinions appuyant dans une certaine mesure la présentation d'une défense d'incendie criminel. L'un d'eux, Richard Kooren, a fondé son opinion sur l'existence de signes indiquant le recours à un accélérateur. Monsieur Crabbe a écrit ceci, le 11 mai 1995 :

[TRADUCTION] Mises à part les traces de combustion sous la machine à laver, Richard Kooren a relevé sur le plancher de l'annexe des traces de combustion indicatives de l'emploi d'un accélérateur liquide qui ne sont pas innocentes. Toutefois, Hugh Carter [le premier expert engagé par Pilot] n'avait pas fait ces constatations.

En Cour d'appel, Pilot a également reconnu que ces opinions incriminantes résultaient de l'influence exercée par M. Crabbe.

Le juge de première instance a commenté défavorablement le rôle joué par M. Crabbe dans cette affaire. Selon lui, [TRADUCTION] « l'enthousiasme qu'il a mis à défendre la cause de sa cliente semble lui avoir fait outrepasser les limites qu'un avocat doit respecter dans la préparation des témoins ». Devant la Cour d'appel et devant notre Cour, Pilot a concédé que ces commentaires étaient justifiés, ajoutant toutefois ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . C'est Pilot, non son avocat, qui a décidé de refuser la demande d'indemnité, et elle n'ignorait rien de l'« enthousiasme » de son avocat, puisqu'elle avait reçu ses lettres. Pilot reconnaît qu'elle est responsable de ce qui est arrivé.

L'appelante a été réintégrée dans ses fonctions d'infirmière en juillet 1994 et elle a touché environ 40 000 \$ d'arrérages de salaire en septembre 1994.

Au printemps 1995, dans l'espoir de convaincre Pilot qu'ils n'avaient pas mis le feu à la maison, les Whitens ont offert de se soumettre à un test polygraphique administré par le spécialiste que choisirait la société d'assurance. Le jury a apparemment considéré cette proposition comme une offre présentée de bonne foi pour dissiper les soupçons de Pilot. Pilot a refusé l'offre sans donner d'explication.

22

23

24

25

The Whitens lived in a small community. People were aware that their home was not being rebuilt because the insurer was alleging arson. The stigma persisted. Pilot continued to allege arson throughout the trial. Pilot now concedes that the evidence as a whole unequivocally demonstrates that the fire was accidental.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1996), 132 D.L.R. (4th) 568

26

This action was tried before Matlow J. and a jury. His instruction to the jury on the issue of punitive damages was skeletal but occasioned no objection from either counsel:

And finally, if you determine that Pilot's defence of arson failed and that Pilot breached the provision of the policy of insurance by denying the plaintiff's claim, you must then go on to determine whether the plaintiff is entitled, as well, to recover punitive damages. Punitive damages can be awarded in certain circumstances to serve as a punishment. In this case, depending on your finding of fact, punitive damages can be awarded to deter Pilot and other insurers from engaging in improper conduct in dealing with the claims of their insureds.

Punitive damages, unlike the other types of damages claimed in this case, are not intended to compensate the plaintiff for her loss. If they are awarded, they will constitute a windfall for the plaintiff and a penalty for Pilot.

Before you may properly make an award of punitive damages, Pilot's defence of arson must fail and you must be satisfied that the plaintiff has proven that Pilot failed to deal with her claim in good faith and instead dealt with this in a malicious, high-handed, arbitrary or capricious manner, and that Pilot's conduct warrants the imposition of a penalty.

27

After the charge, the jury returned with the following question:

Dear Justice Matlow, we are having difficulty in agreements pertaining to assessing the amount of

Les Whitens vivaient dans une petite localité. Les gens savaient qu'on ne rebâtissait pas la maison parce que l'assureur prétendait qu'il y avait eu incendie criminel. La stigmatisation a persisté, car Pilot a maintenu cette prétention pendant tout le procès. Pilot reconnaît maintenant que l'ensemble de la preuve démontre sans équivoque que l'incendie était accidentel.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 132 D.L.R. (4th) 568

Le procès s'est déroulé devant le juge Matlow et un jury. Relativement aux dommages-intérêts punitifs, le juge n'a donné au jury que des directives sommaires, qui n'ont toutefois pas suscité d'objection de la part des avocats des parties. Voici les directives :

[TRADUCTION] Enfin, si vous estimez que Pilot n'a pas prouvé sa défense d'incendie criminel et qu'elle ne s'est pas conformée aux conditions de la police d'assurance en refusant la demande d'indemnité de la demanderesse, vous devez alors décider si cette dernière a également droit à des dommages-intérêts punitifs. Dans certaines circonstances, ce type de dommages-intérêts peut être accordé à titre de sanction. Suivant vos conclusions de fait, vous pouvez en l'espèce accorder des dommages-intérêts punitifs pour dissuader Pilot et d'autres assureurs de traiter de manière inacceptable les demandes d'indemnité de leurs assurés.

Contrairement aux autres types de dommages-intérêts demandés en l'espèce, les dommages-intérêts punitifs ne visent pas à indemniser la demanderesse de sa perte. S'ils sont accordés, ils constitueront un profit inattendu pour la demanderesse et une sanction pour Pilot.

Pour que vous soyez justifiés d'accorder des dommages-intérêts punitifs, il faut que vous ayez écarté la défense d'incendie criminel présentée par Pilot et que la preuve de la demanderesse vous ait convaincus que Pilot n'a pas traité la demande d'indemnité de bonne foi, mais qu'elle a plutôt agi de façon malveillante, abusive ou arbitraire et que sa conduite commande l'infliction d'une sanction.

Après l'exposé du juge, le jury lui a fait parvenir la question suivante :

[TRADUCTION] Monsieur le juge Matlow, nous avons du mal à nous entendre sur le montant des dommages-

the claim for punitive damages. Would you be able to provide us some guidelines to help us arrive at a consensus. Thank you, the jury.

Counsel were consulted and agreed with each other that no dollar amounts should be mentioned. Pilot's counsel told the trial judge, "in terms of suggesting amounts or anything, I think it ought not to occur". In these circumstances, the trial judge responded to the jury by repeating that punitive damages were in their discretion:

Members of the jury, I have considered the question that you sent to me and I don't know that I can really be of all that much help to you. All that I can say to you is that punitive damages are in the discretion of the jury. You have to be fair and reasonable to both sides, and apart from that, there's not much more or anything more that I can tell you. It is not surprising that it is difficult to arrive at a consensus. I urge you to keep talking to each other and endeavour to find what that magic figure should be.

The jury awarded \$318,252.32 in compensatory damages and \$1 million in punitive damages. In his endorsement granting judgment in accordance with the jury's verdict, Matlow J. awarded pre-judgment interest and costs on a solicitor and own client scale, his intention being "to provide for the plaintiff's fullest possible indemnification for her reasonable costs of this action" (p. 570). (The appellant's costs were ultimately fixed at \$317,658.92.)

Matlow J. then made a number of observations about the jury's award of punitive damages. He said that although it was "very high and perhaps without precedent, [it] is not perverse but is entirely reasonable in light of all of the evidence" (p. 572). He noted that the defendant continued to deny the claim even after its own adjuster recommended that it be paid. "[T]he defendant relied on a few suspicious circumstances that were later clarified adequately by the plaintiff in order to press on with an ill-founded defence" (p. 572). "As a result, the plaintiff, who was already in poor financial condition, was required to endure the indignity of having to make temporary living arrangements without the benefit

intérêts punitifs. Pourriez-vous nous donner quelques indications pour nous aider à parvenir à un consensus. Merci, les membres du jury.

Le juge a consulté les avocats, qui s'accordaient pour dire qu'aucune somme ne devait être mentionnée. L'avocat de Pilot a dit ceci au juge : [TRADUCTION] « j'estime qu'aucune somme ou autre information ne devrait être mentionnée ». Dans ces circonstances, le juge de première instance a répondu aux jurés en leur répétant que les dommages-intérêts punitifs étaient laissés à leur discrétion :

[TRADUCTION] Membres du jury, j'ai réfléchi à la question que vous m'avez fait parvenir et je ne crois pas pouvoir vous aider beaucoup à ce sujet. Je ne puis que vous dire que les dommages-intérêts relèvent du pouvoir discrétionnaire du jury. Vous devez vous montrer justes et raisonnables envers les deux parties. Outre cela, je ne puis vous en dire beaucoup plus. Il n'est pas surprenant que vous éprouviez des difficultés à parvenir à un consensus. Je vous exhorte à continuer à discuter et à tenter de trouver ce que devrait être le chiffre magique.

Le jury a accordé des dommages-intérêts compensatoires de 318 252,32 \$ et des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars. En rendant jugement conformément au verdict du jury, le juge Matlow a accordé les intérêts avant jugement et adjugé les dépens sur la base procureur-client afin [TRADUCTION] « de fournir à la demanderesse l'indemnisation la plus complète possible des frais raisonnables qu'elle avait faits relativement à l'action » (p. 570). (Les dépens ont finalement été fixés à 317 658,92 \$.)

Le juge Matlow a ensuite formulé quelques observations au sujet des dommages-intérêts punitifs accordés par le jury. Il a affirmé que, quoique cette somme soit [TRADUCTION] « très élevée et, peut-être, sans précédent, [elle] n'est pas absurde, mais entièrement raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve » (p. 572). Il a souligné que la défenderesse avait persisté à rejeter la demande d'indemnité, même après la recommandation de son propre expert en faveur du paiement. [TRADUCTION] « [L]a défenderesse s'est autorisée de quelques circonstances suspectes, qui ont plus tard été expliquées adéquatement par la demanderesse, pour s'obstiner dans sa défense mal fondée »

28

29

30

of the insurance coverage for which she had paid premiums to the defendant” (p. 572). She was also required to undertake litigation to secure the relief to which she was entitled, including a trial which took approximately two months to complete. “In light of the defendant’s admission that its net worth was approximately \$231 million, I cannot take issue with the jury’s conclusion that a very substantial award for punitive damages was required to punish the defendant and to effectively send the implied reminder to the defendant and to other insurers that they owe their insureds a duty of good faith in responding to claims made under policies of insurance issued by them” (p. 572).

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 42 O.R. (3d) 641

(1) Laskin J.A. (dissenting in part)

31

On the issue of punitive damages, Laskin J.A. noted that in *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, and again in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, this Court held that in a breach of contract case, punitive damages were only available if, apart from the breach sued upon, the defendant has committed an “independent actionable wrong”. Pilot argued that a breach of its duty of good faith was no more than another breach of the same contractual obligations. Laskin J.A. rejected this argument. He said the “obligation to act in good faith is separate from the insurer’s obligation to compensate its insured for a loss covered by the policy” (p. 650). In his view, breach of the former “is a separate or independent wrong from the wrong for which compensation is paid” (p. 650). He said that if the decision in *Vorvis* makes it necessary he “would be prepared to hold that an insure[r] has a duty in tort of good faith towards its insureds” (p. 652), a position taken by some Australian and American courts. In his view “[t]here was overwhelming evidence in this case from which the jury could reasonably conclude that Pilot’s handling of the Whitens’ claim was so

(p. 572). « La demanderesse, qui était déjà dans une situation financière précaire, a donc dû subir l’indignité d’avoir à se loger temporairement sans pouvoir compter sur la protection de l’assurance dont elle avait payé les primes à la défenderesse » (p. 572). Elle a également dû, pour obtenir l’indemnité à laquelle elle avait droit, intenter des poursuites en justice et notamment participer à un procès qui a duré environ deux mois. [TRADUCTION] « Eu égard à l’admission de la défenderesse que sa valeur nette est d’environ 231 millions de dollars, je ne saurais m’opposer à la conclusion du jury selon laquelle des dommages-intérêts punitifs très substantiels s’imposent pour sanctionner la défenderesse et pour rappeler implicitement à celle-ci, de même qu’aux autres assureurs, qu’ils ont l’obligation d’agir de bonne foi dans le traitement des demandes d’indemnité présentées en vertu des polices qu’ils émettent » (p. 572).

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1999), 42 O.R. (3d) 641

(1) Le juge Laskin (dissident en partie)

Relativement à la question des dommages-intérêts punitifs, le juge Laskin a souligné que, dans l’arrêt *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, et à nouveau dans l’arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, notre Cour a jugé que, en matière de rupture de contrat, des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés que si, indépendamment du manquement fondant la poursuite, le défendeur a commis une « faute indépendante donnant ouverture à action ». Pilot a soutenu que le manquement à son obligation de bonne foi n’était rien d’autre qu’une violation supplémentaire des mêmes obligations contractuelles. Le juge Laskin a rejeté cet argument, affirmant que [TRADUCTION] « l’obligation de l’assureur d’agir de bonne foi envers son assuré est distincte de son obligation de l’indemniser d’une perte visée par la police » (p. 650). Selon lui, un manquement à la première obligation [TRADUCTION] « est une faute distincte et indépendante de celle pour laquelle une indemnité est versée » (p. 650). Il a aussi indiqué que, si l’arrêt *Vorvis* l’exigeait, il [TRADUCTION] « était disposé à statuer qu’un assureur a envers ses assurés une

malicious or vindictive or so reprehensible or high-handed that an award of punitive damages was warranted” (p. 653).

With respect to the \$1 million quantum, Laskin J.A. rejected Pilot’s submissions that the jury likely inflated the award because of errors made by the trial judge in his charge, or that in any event, the award was much too high. While the award of \$1 million was high, the jury’s decision was entitled to deference reinforced in this case by the trial judge’s endorsement of the award as “entirely reasonable”. In Laskin J.A.’s view, Pilot’s conduct was “exceptionally reprehensible”. The deterrence objective is particularly important in first party insurance cases given the vast number of claims handled by insurers every year. Moreover, to be meaningful, an award of punitive damages “must sting”; it must not be perceived as a mere licence fee or as a cost of doing business. Both courts and legislatures, in recent years, have increased the amount of fines for companies which act irresponsibly or contrary to the public interest. This trend reflects an acknowledgement that “larger fines are needed to deter and punish companies for socially unacceptable behaviour” (p. 661).

(2) Finlayson J.A. (Catzman J.A. concurring)

Finlayson J.A. agreed with Laskin J.A.’s reasons and conclusions on the first issue, namely, whether

obligation de bonne foi à peine d’engager sa responsabilité civile délictuelle » (p. 652), position que certains tribunaux australiens et américains ont adoptée. À son avis, [TRADUCTION] « [i]l existait en l’espèce une preuve irrésistible sur le fondement de laquelle le jury pouvait raisonnablement conclure que Pilot avait traité la demande d’indemnité des Whiten de façon si malveillante, répréhensible ou abusive que des dommages-intérêts punitifs étaient justifiés » (p. 653).

Relativement au quantum des dommages-intérêts punitifs accordés par le jury (un million de dollars), le juge Laskin a rejeté l’argument de Pilot selon lequel le jury avait vraisemblablement gonflé cette somme en raison d’erreurs commises par le juge de première instance dans son exposé et que, quoi qu’il en soit, cette somme était beaucoup trop élevée. Bien que cette somme de un million de dollars soit élevée, il y avait lieu de faire preuve de déférence envers la décision du jury, d’autant plus qu’en l’espèce le juge de première instance l’avait considérée [TRADUCTION] « entièrement raisonnable ». De l’avis du juge Laskin, la conduite de Pilot avait été [TRADUCTION] « exceptionnellement répréhensible ». L’objectif de dissuasion est particulièrement important dans les affaires mettant en cause des assurés en raison du très grand nombre de demandes d’indemnité qui sont présentées chaque année aux assureurs. De plus, pour que les dommages-intérêts punitifs soient utiles, ils [TRADUCTION] « doivent faire mal »; il ne faut pas qu’ils soient assimilés à des frais de permis ou d’exploitation. Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législateurs ont haussé le montant des amendes imposées aux entreprises qui agissent de façon irresponsable ou contraire à l’intérêt public. Cette tendance témoigne du fait que [TRADUCTION] « des amendes plus substantielles sont nécessaires pour punir les entreprises qui ont des comportements socialement inacceptables et les dissuader d’adopter de tels comportements » (p. 661).

(2) Le juge Finlayson (avec l’appui du juge Catzman)

Le juge Finlayson a souscrit aux motifs et aux conclusions du juge Laskin sur la première question,

Ms. Whiten was entitled to an award of punitive damages. However, he did not agree with Laskin J.A. that the \$1 million award was not excessive. Finlayson J.A. said that, while he was “not entirely happy with the trial judge’s charge to the jury” (p. 661), he did not propose to justify his intervention on any other basis than his belief that the award “is simply too high” (p. 661).

34

Finlayson J.A. reviewed the facts of and awards made in other cases to illustrate his concern about quantum. In all of these cases, the defendant insurer was found to have acted unacceptably; in some the plaintiff received solicitor-client costs; in others he or she did not. None of the awards exceeded \$50,000. The cases relied upon by the plaintiff went beyond bad faith and reflected the courts’ concern with “objectionable corporate policies” (p. 663). Moreover, in three of these cases the trial judge emphasized the need to force tortfeasors to disgorge profits flowing from their actions (pp. 661-65). In the case at bar, according to Finlayson J.A., there was no evidence that Pilot’s unacceptable conduct “was the product of a corporate strategy” (p. 665) nor did it profit from its actions. “Rather, it appears to have been an isolated instance for which the appellant’s trial counsel should take full responsibility, both for the manner in which the claim was processed and because of the way that the trial was conducted. This certainly was the view of the trial judge” (p. 665).

35

In the view of Finlayson J.A., an award of \$100,000 would act as a sufficient deterrent to this and other insurers and would cause the former to take the steps necessary to ensure that “in future it is properly apprised of the nature and kind of the defence its claims adjusters and counsel are advancing” (p. 666).

c’est-à-dire celle de savoir si M^{me} Whiten avait droit à des dommages-intérêts punitifs. Il ne partageait toutefois pas l’avis du juge Laskin que la somme de un million de dollars n’était pas excessive. Bien qu’il ait affirmé ne pas être [TRADUCTION] « entièrement satisfait de l’exposé du juge de première instance au jury » (p. 661), le juge Finlayson s’est contenté de justifier son intervention en disant qu’il croyait que cette somme était [TRADUCTION] « tout simplement trop élevée » (p. 661).

Pour expliquer ses réserves au sujet du quantum des dommages-intérêts, il a passé en revue les faits d’autres affaires pertinentes ainsi que les sommes accordées à ce titre. Il a relevé que, dans toutes ces affaires, la conduite de l’assureur défendeur avait été jugée inacceptable; dans certains cas, le demandeur a eu droit aux dépens sur la base procureur-client, dans d’autres non. La somme accordée n’a jamais dépassé 50 000 \$. Les affaires invoquées par la demanderesse ne portaient pas uniquement sur la mauvaise foi, mais reflétaient les préoccupations des tribunaux à l’égard de [TRADUCTION] « pratiques commerciales indésirables » (p. 663). En outre, dans trois de ces affaires, le juge de première instance avait insisté sur la nécessité de contraindre les auteurs du préjudice à rendre les profits découlant de leurs actions (p. 661-665). En l’espèce, selon le juge Finlayson, la preuve n’établissait pas que la conduite inacceptable de Pilot [TRADUCTION] « résultait d’une stratégie commerciale » (p. 665) ni que Pilot avait tiré profit de sa conduite. De dire le juge Finlayson, [TRADUCTION] « il semble plutôt s’agir d’un événement isolé dont l’entière responsabilité doit revenir à l’avocat qui occupait pour l’appelante en première instance, tant pour ce qui est du traitement de la demande d’indemnité que de la conduite du procès. C’est certainement ce qu’a pensé le juge de première instance » (p. 665).

Le juge Finlayson a estimé que des dommages-intérêts punitifs de 100 000 \$ auraient un effet dissuasif suffisant sur Pilot et les autres assureurs et contraindraient Pilot à prendre les mesures nécessaires pour [TRADUCTION] « bien s’informer à l’avenir de la nature des moyens de défense que font valoir ses experts d’assurance et ses avocats » (p. 666).

III. Analysis

Punitive damages are awarded against a defendant in exceptional cases for “malicious, oppressive and high-handed” misconduct that “offends the court’s sense of decency”: *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196. The test thus limits the award to misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour. Because their objective is to punish the defendant rather than compensate a plaintiff (whose just compensation will already have been assessed), punitive damages straddle the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment).

Punishment is a legitimate objective not only of the criminal law but of the civil law as well. Punitive damages serve a need that is not met either by the pure civil law or the pure criminal law. In the present case, for example, no one other than the appellant could rationally be expected to invest legal costs of \$320,000 in lengthy proceedings to establish that on this particular file the insurer had behaved abominably. Over-compensation of a plaintiff is given in exchange for this socially useful service.

Nevertheless, the hybrid nature of punitive damages offends some jurists who insist that legal remedies should belong to one jurisprudential field or the other. That is one major aspect of the controversy, often framed in the words of Lord Wilberforce’s comments, dissenting, in *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), at p. 1114:

It cannot lightly be taken for granted, even as a matter of theory, that the purpose of the law of tort is compensation, still less that it ought to be, an issue of large social import, or that there is something inappropriate or illogical or anomalous (a question-begging word) in including a punitive element in civil damages, or, conversely, that the criminal law, rather than the civil law, is in these cases the better instrument for conveying social disapproval,

III. L’analyse

Exceptionnellement, des dommages-intérêts punitifs sont accordés lorsqu’une conduite « malveillante, opprimante et abusive [. . .] choque le sens de la dignité de la cour » : *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196. Ce critère limite en conséquence de tels dommages-intérêts aux seules conduites répréhensibles représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable. Parce qu’ils ont pour objet de punir le défendeur plutôt que d’indemniser le demandeur (la juste indemnité à laquelle ce dernier a droit ayant déjà été déterminée), les dommages-intérêts punitifs chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition).

La punition est un objectif légitime non seulement en droit criminel, mais également en droit civil. Les dommages-intérêts punitifs répondent à un besoin que ni le droit civil pur ni le droit criminel pur ne peuvent satisfaire. En l’espèce, par exemple, personne d’autre que l’appelante ne saurait raisonnablement être disposé à investir une somme d’environ 320 000 \$ en frais de justice dans un long procès afin d’établir que l’assureur s’est conduit de façon abominable dans ce dossier. La surindemnisation d’un demandeur est accordée en contrepartie de ce service socialement utile.

Néanmoins, la nature hybride des dommages-intérêts punitifs rebute certains juristes, qui soutiennent que les mesures de réparation prévues par le droit doivent appartenir à une branche du droit ou à l’autre. Il s’agit là d’un des principaux aspects de la controverse, qui est souvent énoncé au moyen des propos suivants exprimés par lord Wilberforce, en dissidence, dans l’arrêt *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), p. 1114 :

[TRADUCTION] On ne saurait tenir à la légère pour acquis, même théoriquement, que l’objectif du droit de la responsabilité civile délictuelle est l’indemnisation, encore moins que ce devrait être le cas, question d’une grande importance sociale, ou qu’il y a quelque chose d’inapproprié, d’illogique ou d’anormal (mot qui anticipe la réponse) à inclure un élément punitif dans les dommages-intérêts civils ou, à l’inverse, que

36

37

38

or for redressing a wrong to the social fabric, or that damages in any case can be broken down into the two separate elements. As a matter of practice English law has not committed itself to any of these theories: it may have been wiser than it knew.

39

A second major aspect of the controversy surrounding punitive damages is related to the quantum. Substantial awards are occasionally assessed at figures seemingly plucked out of the air. The usual procedural protections for an individual faced with potential punishment in a criminal case are not available. Plaintiffs, it is said, recover punitive awards out of all proportion to just compensation. They are subjected, it is said, to “palm tree justice”: *Cassell, supra*, at p. 1087. They are handed a financial windfall serendipitously just because, coincidentally with their claim, the court desires to punish the defendant and deter others from similar outrageous conduct. Defendants on the other hand say they suffer out of all proportion to the actual wrongs they have committed. Because the punishment is tailored to fit not only the “crime” but the financial circumstances of the defendant (i.e., to ensure that it is big enough to “sting”), defendants complain that they are being punished for who they are rather than for what they have done. The critics of punitive awards refer *in terrorem* to the United States experience where, for example, an Alabama jury awarded \$4 million in punitive damages against a BMW dealership for failure to disclose a minor paint job to fix a cosmetic blemish on a new vehicle in *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996). In 1994, a jury in New Mexico awarded 81-year-old Stella Liebeck \$160,000 in compensatory damages and \$2.7 million in punitive damages against McDonald’s Restaurants for burns resulting from a spilled cup of coffee, notwithstanding that she tried to open the cup while balancing it on her lap in the passenger seat of a car (*Liebeck v. McDonald’s Restaurants, P.T.S., Inc.*, 1995 WL 360309 (D. N.M.)). Critics of punitive damages warn against an “Americanization” of our law

le droit criminel constitue un meilleur instrument que le droit civil pour exprimer la réprobation sociale ou pour réparer le tort causé au tissu social, ou que les dommages-intérêts peuvent chaque fois être répartis entre ces deux éléments distincts. Dans la pratique, le droit anglais n’a souscrit à aucune de ces théories, se montrant peut-être en cela plus sage qu’il n’y paraît.

Le deuxième aspect important de la controverse relative aux dommages-intérêts punitifs concerne leur quantum. Il arrive à l’occasion que soient accordés des dommages-intérêts punitifs substantiels, dont le montant semble sortir de nulle part. Les garanties procédurales habituelles dont jouit la personne passible d’une peine dans le cadre de poursuites criminelles ne s’appliquent pas. Les demandeurs, prétend-on, obtiennent des dommages-intérêts punitifs tout à fait disproportionnés avec une juste indemnisation. Ils ont alors droit, affirme-t-on, à une [TRADUCTION] « justice primitive » : *Cassell*, précité, p. 1087. Ils reçoivent ainsi, par pur hasard, un profit inattendu tout simplement parce qu’il se trouve que, en statuant sur leur demande, le tribunal veut aussi punir le défendeur et décourager autrui d’adopter de tels comportements. Les défendeurs quant à eux affirment qu’ils sont pénalisés hors de toute proportion avec le préjudice réellement causé. Parce que la sanction est établie en fonction non seulement du « crime » mais également de la situation financière des défendeurs (c.-à-d. pour faire en sorte qu’elle soit assez sévère pour « faire mal »), ceux-ci se plaignent d’être punis en fonction de leur identité plutôt que de leurs actes. Ceux qui critiquent les dommages-intérêts punitifs évoquent, *in terrorem*, la situation aux États-Unis où, par exemple, un jury de l’Alabama a condamné un concessionnaire BMW à des dommages-intérêts punitifs de 4 millions de dollars pour avoir omis de révéler que la peinture d’un véhicule neuf avait été retouchée pour corriger une imperfection cosmétique (*BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996)). En 1994, un jury du Nouveau-Mexique a accordé à Stella Liebeck, une dame âgée de 81 ans, des dommages-intérêts compensatoires de 160 000 \$ et condamné les restaurants McDonald à des dommages-intérêts punitifs de 2,7 millions de dollars pour des brûlures subies par la demanderesse lorsque son gobelet de café s’est renversé, et ce malgré

that, if adopted, would bring the administration of justice in this country into disrepute.

These are serious concerns, but in fact, the punitive damage controversies have little if anything to do with Americanization of our law. Jury awards of punitive damages in civil actions have a long and important history in Anglo-Canadian jurisprudence. They defy modern attempts at neat classification of remedies. The jury is invited to treat a plaintiff as a public interest enforcer as well as a private interest claimant. Almost 240 years ago, government agents broke into the premises of a Whig member of Parliament and pamphleteer, John Wilkes, to seize copies of a publication entitled *The North Briton, No. 45*, which the Secretary of State regarded as libellous. Lord Chief Justice Pratt (later Lord Camden L.C.) on that occasion swept aside the government's defence. "If such a [search] power is truly invested in a Secretary of State", he held, "and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject". As to punitive damages, he affirmed that:

[A] jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself.

(*Wilkes v. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489 (K.B.), at pp. 498-99)

Long before the days of Lord Pratt C.J., the related idea of condemning a defendant to a multiple of what is required for compensation (in the present

le fait qu'elle avait tenté de l'ouvrir en le tenant sur sa cuisse pendant qu'elle était passagère dans une automobile (*Liebeck c. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, 1995 WL 360309 (D. N.M.)). Ceux qui s'opposent aux dommages-intérêts punitifs préviennent que l'« américanisation » de notre droit, si elle devenait réalité, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Ces inquiétudes sont certes sérieuses mais, dans les faits, la controverse relative aux dommages-intérêts punitifs a peu, sinon rien à voir avec l'américanisation de notre droit. L'attribution par des jurys de dommages-intérêts punitifs en matière civile a une longue et importante histoire dans la jurisprudence anglo-canadienne. Ce type de dommages-intérêts a résisté à toutes les tentatives modernes de classification précise des réparations. Le jury est invité à considérer que le demandeur agit à la fois dans l'intérêt public et dans son propre intérêt. Ainsi, il y a près de 240 ans, des agents du gouvernement sont entrés par effraction dans les locaux de John Wilkes, député « Whig » et pamphlétaire, et y ont saisi des exemplaires d'une publication intitulée *The North Briton, No. 45*, que le secrétaire d'État considérait diffamatoire. Le lord juge en chef Pratt (plus tard lord chancelier Camden) a alors rejeté le moyen de défense invoqué par le gouvernement. [TRADUCTION] « Si le secrétaire d'État est véritablement investi d'un tel pouvoir [de perquisition] », a conclu le lord juge en chef Pratt, « et s'il peut déléguer celui-ci, l'exercice de ce pouvoir risque certes de porter atteinte à la personne et aux biens de tous les sujets du royaume, au mépris total de leur liberté ». Au sujet des dommages-intérêts punitifs, il a affirmé ceci :

[TRADUCTION] Le jury est investi du pouvoir d'accorder des dommages-intérêts supérieurs au préjudice subi. Les dommages-intérêts ne visent pas qu'à indemniser la personne lésée, mais aussi à punir le coupable, à décourager toute action analogue à l'avenir et à marquer l'aversion du jury pour la conduite en cause.

(*Wilkes c. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489 (B.R.), p. 498-499)

L'idée connexe de condamner le défendeur au paiement d'une somme égale à un multiple de l'indemnité requise (en l'espèce, comme il a été

appeal, as stated, the punitive damages were roughly triple the award of compensatory damages) reached back to the Code of Hammurabi, Babylonian law, Hittite law (1400 B.C.), the Hindu Code of Manu (200 B.C.), ancient Greek codes, the Ptolemaic law in Egypt and the Hebrew Covenant Code of Mosaic law (see *Exodus* 22:1 “If a man shall steal an ox, or a sheep, and kill it, or sell it; he shall restore five oxen for an ox, and four sheep for a sheep”). Roman law also included provisions for multiple damages. Admittedly, in these early systems, criminal law and civil law were not always clearly differentiated. The United States Supreme Court in *BMW*, *supra*, referred at p. 581 to “65 different enactments [in English statutes] during the period between 1275 and 1753 [that] provided for double, treble, or quadruple damages”.

42 Even in terms of quantum, the use of punitive damages in the eighteenth century was aggressive. In *Huckle v. Money* (1763), 2 Wils. K.B. 206, 95 E.R. 768, the journeyman Huckle (who had actually printed the pamphlet *The North Briton*, No. 45 at issue in *Wilkes*, *supra*) won a cause of action for trespass, assault and false imprisonment and received 300 pounds in damages from the jury despite the comfortable and short six-hour duration of his confinement. The government’s motion for a new trial on the basis that the award was “outrageous” was denied, even though actual damages totalled only 20 pounds (i.e., a multiplier of 15) (p. 768). The Lord Chief Justice, in introducing the expression “exemplary damages”, thought there was no precedent for judges “intermeddling” with damages awarded by juries.

43 The three objectives identified by Lord Chief Justice Pratt, in *Wilkes*, *supra* — punishment, deterrence and denunciation (“proof of the detes-

indiqué plus tôt, les dommages-intérêts punitifs correspondaient à peu près au triple des dommages-intérêts compensatoires), remonte bien avant l’époque du lord juge en chef Pratt, comme en témoignent le Code d’Hammourabi, le droit babylonien, le droit hittite (1400 av. J.-C.), les Lois de Manu (200 av. J.-C.), les codes grecs anciens, la loi ptolémaïque en Égypte et le Livre de l’alliance, code mosaïque du droit hébreu (voir Exode 22:1, « Si un homme vole un bœuf ou un agneau, et qu’il l’égorge ou le vende, il restituera cinq bœufs pour le bœuf, et quatre agneaux pour l’agneau »). Le droit romain prévoyait lui aussi l’octroi de dommages-intérêts majorés par un facteur de multiplication. Il faut cependant reconnaître que, dans ces systèmes anciens, la différence entre le droit criminel et le droit civil n’était pas toujours très nette. Dans l’arrêt *BMW*, précité, p. 581, la Cour suprême des États-Unis a mentionné que [TRADUCTION] « 65 dispositions différentes [dans des lois anglaises], édictées entre 1275 et 1753, prévoyaient des dommages-intérêts doubles, triples ou quadruples ».

Même pour ce qui est du quantum, ou recourait énergiquement aux dommages-intérêts punitifs au XVIII^e siècle. Dans *Huckle c. Money* (1763), 2 Wils. K.B. 206, 95 E.R. 768, l’action intentée par le compagnon imprimeur Huckle (qui avait imprimé le pamphlet *The North Briton*, No. 45 en litige dans l’arrêt *Wilkes*, précité) pour intrusion, voies de fait et emprisonnement injustifié a été accueillie, et le jury lui a accordé des dommages-intérêts de 300 livres, même si Huckle n’était demeuré en prison que pendant six heures et avait été bien traité. La requête du gouvernement sollicitant la tenue d’un nouveau procès, pour le motif que la somme accordée était [TRADUCTION] « exorbitante », a été rejetée, même si les dommages-intérêts compensatoires ne s’élevaient qu’à 20 livres (multiplicateur de 15) (p. 768). Introduisant l’expression [TRADUCTION] « dommages-intérêts exemplaires », le lord juge en chef a estimé qu’il n’y avait aucun précédent justifiant les juges de « s’ingérer » dans l’attribution des dommages-intérêts par les jurys.

Nous poursuivons encore aujourd’hui les trois objectifs décrits par le lord juge en chef Pratt dans l’arrêt *Wilkes*, précité, savoir la punition, la

tion”) — are with us still, even though some scholarly critics have argued that these rationales “have very particular and divergent implications” that occasionally wind up undermining each other: B. Chapman and M. Trebilcock, “Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale” (1989), 40 *Ala. L. Rev.* 741, at p. 744. No doubt, as a matter of language, the word “punishment” includes both retribution and denunciation, and the three objectives should perhaps better be referred to as retribution, deterrence and denunciation.

The notion of private enforcers (or “private Attorneys General”), particularly where they act for personal gain, is worrisome unless strictly controlled. Thus, while the availability of punitive damages in Canada was affirmed early on by this Court in *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563, a patent case, they were not widely awarded until the 1970s. Since then the awards have multiplied in number and escalated in amount. A report on punitive damages by the Ontario Law Reform Commission, issued in 1991, which examined research begun in 1989, predicted limited and principled development in the law of punitive damages in Canada: Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages* (1991), at pp. 93 and 98. By 1998, the report’s research director, Dean Bruce Feldthusen, conceded that the law was “certainly developing quite differently in Canada than one would have predicted only a short time ago” and that “many of the doctrinal pillars on which the Report’s predictions of limited and principled development in the law governing punitive damages were based have since cracked or collapsed”: B. Feldthusen, “Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes”, [1998] *N.Z. L. Rev.* 741, at p. 742. Contrary to expectations, the awards were much larger, more frequent, appeared to rely more often on the defendant’s wealth in support, and included more high profile jury awards. The kinds of causes of action had expanded; punitive damages were the “norm” and had “proliferated” in actions in sexual battery, were now “clearly available” for breach of fiduciary duty, and “persisted” in contract actions. Prior criminal convictions, he concluded, no longer automatically barred punitive awards. He added, “[p]erhaps most

dissuasion et la dénonciation (« marquer l’aversion »), quoique certains auteurs affirment que ces justifications [TRADUCTION] « ont des implications très distinctes et divergentes » qui, à l’occasion, font qu’elles se sapent mutuellement : B. Chapman et M. Trebilcock, « Punitive Damages : Divergence in Search of A Rationale » (1989), 40 *Ala. L. Rev.* 741, p. 744. Il ne fait aucun doute que, d’un point de vue linguistique, le mot « punition » englobe les notions de châtement et de dénonciation, et qu’il conviendrait peut-être mieux de désigner les trois objectifs comme étant le châtement, la dissuasion et la dénonciation.

L’existence de poursuivants privés (ou « procureurs généraux privés »), en particulier lorsqu’ils agissent pour leur avantage personnel, a de quoi inquiéter si leurs activités ne sont pas strictement encadrées. Voilà pourquoi les dommages-intérêts punitifs n’ont commencé à être largement accordés au Canada que dans les années 1970, bien que notre Cour eût reconnu beaucoup plus tôt leur validité, dans l’arrêt *Collette c. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563, une affaire de brevet. Depuis les années 1970, le nombre de cas où de tels dommages-intérêts ont été accordés s’est multiplié, et les sommes accordées ont grimpé. En 1991, après avoir examiné des études entreprises en 1989, la Commission de réforme du droit de l’Ontario a publié un rapport sur les dommages-intérêts punitifs dans lequel elle prédisait une évolution limitée et raisonnée du droit relatif aux dommages-intérêts punitifs au Canada : Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Rapport sur les dommages-intérêts exemplaires* (1991), p. 93 et 98. En 1998, le directeur de la recherche pour ce rapport, le doyen Bruce Feldthusen, a reconnu que le droit relatif à cette question [TRADUCTION] « évoluait certainement de façon très différente par rapport à ce qu’on prévoyait seulement quelques années auparavant » et que « bon nombre des assises doctrinales sur lesquelles reposait la prédiction d’une évolution limitée et raisonnée du droit relatif aux dommages-intérêts punitifs ont depuis été ébranlées ou se sont écroulées » (B. Feldthusen, « Punitive Damages : Hard Choices and High Stakes », [1998] *N.Z. L. Rev.* 741, p. 742). Contrairement aux prévisions, des dommages-intérêts punitifs ont été accordés fréquemment, plus souvent par des jurys dans le contexte de décisions ayant un grand retentissement, et

significantly, the courts seem to have accepted general deterrence, not retributive punishment, as the dominant purpose behind punitive damage awards in a number of important decisions” (p. 742).

les sommes accordées ont été plus élevées et semblaient plus souvent fondées sur la richesse des défendeurs. La nature des causes d’action donnant ouverture à ces décisions s’était élargie. La condamnation à des dommages-intérêts punitifs avait [TRADUCTION] « proliféré » et était devenue la « norme » dans les actions pour voies de fait de nature sexuelle; de tels dommages-intérêts étaient « clairement ouverts » en cas de manquement à une obligation de fiduciaire et ils « continuaient » d’être accordés en matière contractuelle. L’existence de déclarations de culpabilité pénale, de conclure l’auteur, ne faisait plus automatiquement obstacle à l’attribution de dommages-intérêts punitifs. L’auteur ajoute ceci : [TRADUCTION] « [f]ait plus important peut-être, dans d’importantes décisions, les tribunaux semblent avoir accepté que la dissuasion générale, plutôt que le châtement, constitue l’objectif dominant des dommages-intérêts punitifs » (p. 742).

45 This Court more recently affirmed a punitive damage award of \$800,000 in *Hill, supra*. On that occasion some guidelines were set out to keep this remedy within reasonable limits. The Court on this occasion has an opportunity to clarify further the rules governing whether an award of punitive damages ought to be made and if so, the assessment of a quantum that is fair to all parties.

Plus récemment, dans l’arrêt *Hill*, précité, notre Cour a confirmé une décision accordant des dommages-intérêts punitifs de 800 000 \$ et elle a formulé, à cette occasion, des lignes directrices visant à contenir cette réparation dans des limites raisonnables. Dans la présente affaire, la Cour a la possibilité de préciser davantage les règles applicables pour décider si des dommages-intérêts punitifs doivent être accordés et, dans l’affirmative, pour fixer un quantum qui soit équitable pour toutes les parties.

46 It is convenient at this point to note how other common law jurisdictions have addressed the problem of disproportionate awards of punitive damages.

Il est utile, à ce stade-ci, de signaler comment réagissent les autres pays de common law au problème des dommages-intérêts punitifs disproportionnés.

A. *England*

A. *Angleterre*

47 In *Rookes v. Barnard*, [1964] A.C. 1129, and *Cassell, supra*, the House of Lords sought to significantly limit the availability of punitive damages. In Lord Devlin’s leading speech in *Rookes*, he distinguished “exemplary” (punitive) and “aggravated” (compensatory) damages and classified many purportedly punitive awards in the law books as disguised compensation. Second, he reduced the availability of punitive damages to two common law categories of causes of action, namely (1) “oppressive, arbitrary, or unconstitutional action

Dans les arrêts *Rookes c. Barnard*, [1964] A.C. 1129, et *Cassell*, précité, la Chambre des lords a cherché à limiter de façon substantielle le champ d’application des dommages-intérêts punitifs. Dans *Rookes*, le lord juge Devlin a différencié les dommages-intérêts « exemplaires » (caractère punitif) des dommages-intérêts « majorés » (caractère compensatoire) et indiqué que, dans bon nombre de décisions publiées, les dommages-intérêts censément punitifs étaient plutôt une forme d’indemnisation déguisée. Il a ensuite restreint le droit aux

by the servants of the government” (p. 1226) and (2) where the defendant’s conduct is calculated to make a profit. To these he added a third permissible category where punitive damages have express statutory authorization. Since *Rookes* was decided, the categories test has persisted despite various academic and judicial assaults, but later cases have somewhat loosened the categories’ application (by, for example, including police wrongdoing in category one). More recently, in June of last year, the House of Lords opened up the categories themselves to further evolution: *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] 3 All E.R. 193.

The attempt in *Rookes* to narrow the availability of punitive damages by a categorical approach, has been criticized in both academic and judicial forums. The Court of Appeal in England attempted to undermine the new doctrine in *Broome v. Cassell & Co.*, [1971] 2 Q.B. 354; however, the attempt was crushed on further appeal of its decision to the House of Lords, [1972] A.C. 1027. The Law Commission for England and Wales concluded recently that the limitations comported neither with “sound principle” nor “sound policy” (Report 247, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997), at para 1.2). Canada, Australia, New Zealand, and Ireland have all explicitly rejected the “category” approach of *Rookes*: *Vorvis*, *supra*, at pp. 1104-6; *Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118 (Austl. H.C.); *Taylor v. Beere*, [1982] 1 N.Z.L.R. 81 (C.A.); *Conway v. Irish National Teachers’ Organisation*, [1991] 11 I.L.R.M. 497 (S.C.). Category one has been criticized on the grounds that corporations and individuals can exercise enormous power in an outrageous way just as governmental actors do. Criticisms have been especially vigorous against category two which strikes many as illogical. Commentators wonder why conduct motivated by economic profit is punished while that inspired “only” by malice escapes. (Lord Nicholls lends support to both

dommages-intérêts punitifs à deux catégories de causes d’action en common law : [TRADUCTION] (1) « les actes oppressifs, arbitraires ou inconstitutionnels accomplis par les préposés de l’État » (p. 1226); (2) les affaires où la conduite du défendeur visait à obtenir un profit. À ces deux catégories il en a ajouté une troisième : (3) les affaires où la condamnation au versement de dommages-intérêts punitifs est expressément autorisée par un texte de loi. Depuis l’arrêt *Rookes*, le critère fondé sur ces catégories est demeuré, en dépit de diverses attaques doctrinales et jurisprudentielles, mais des décisions subséquentes ont quelque peu assoupli l’application des catégories (par exemple en incluant dans la première catégorie les fautes policières). Plus récemment, en juin 2001, la Chambre des lords a ouvert la porte à l’élargissement des catégories elles-mêmes : *Kuddus c. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, [2001] 3 All E.R. 193.

La tentative dans *Rookes* en vue de limiter, par une approche fondée sur des catégories, les cas donnant ouverture aux dommages-intérêts punitifs a suscité des critiques, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. La Cour d’appel d’Angleterre a tenté d’ébranler cette nouvelle doctrine dans *Broome c. Cassell & Co.*, [1971] 2 Q.B. 354, mais la Chambre des lords a fait échec à cette tentative dans l’appel formé contre cette décision ([1972] A.C. 1027). Récemment, la Law Commission for England and Wales a conclu que les limites établies ne sont pas conciliables avec quelque [TRADUCTION] « principe judiciaire » ou « politique d’intérêt général valable » (Rapport 247, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997), par. 1.2). Tant au Canada qu’en Australie, en Nouvelle-Zélande et en Irlande, on a explicitement rejeté l’approche fondée sur des « catégories » retenue dans *Rookes* (*Vorvis*, précité, p. 1104-1106; *Uren c. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.* (1966), 117 C.L.R. 118 (H.C. Austr.); *Taylor c. Beere*, [1982] 1 N.Z.L.R. 81 (C.A.); *Conway c. Irish National Teachers’ Organisation*, [1991] 11 I.L.R.M. 497 (C.S.)). Relativement à la première catégorie, on oppose que des personnes morales et des personnes physiques peuvent posséder d’énormes pouvoirs et en abuser, tout comme le font des acteurs gouvernementaux. Les critiques sont particulièrement vives à l’égard

these views in *Kuddus, supra*, at paras. 66-67; see also Taylor J. in *Uren, supra*, at pp. 132-39; and Richardson J. in *Taylor, supra*, at p. 92.)

49

The study of punitive damages by the Law Commission for England and Wales was extensive, first seeking public consultation with two papers in 1993 and 1995, and finally reporting in 1997. It recommended that punitive damages should be retained and expanded, while also emphasizing that punitive damage awards should be “consistent, moderate and proportionate” (Part 5, at para. 82). The Law Commission was guided by five principles in formulating their specific recommendations for punitive damages (Part. 1, at para. 17):

First, exemplary damages should be an exceptional remedy, rarely-awarded and reserved for the most reprehensible examples of civil wrongdoing which would otherwise go unpunished by the law. Secondly, their availability (and assessment) must be placed on a clear, principled basis. Thirdly, although flexibility is necessary, unnecessary uncertainty as to the availability and assessment of the remedy must be avoided. Fourthly, defendants must not be unfairly prejudiced. Fifthly, the impact on the administration and funding of civil justice should not be adverse.

The specific proposals have not yet been accepted by the U.K. Parliament which is said to be awaiting further judicial development of the law in that country: House of Commons, Written Answers to Questions, November 9, 1999, col. 502.

50

At the present time, the English courts are developing a variety of principles and guidelines to control the award of punitive damages: *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 12(1), at paras. 1115-17; *McGregor on Damages* (16th ed. 1997),

de la deuxième catégorie qui, pour beaucoup, paraît illogique. Les commentateurs se demandent pourquoi une conduite motivée par le profit financier est punie alors que des actes animés « seulement » par la malveillance échappent à la condamnation. (Lord Nicholls souscrit à ces deux arguments dans *Kuddus*, précité, par. 66-67; voir également les motifs du juge Taylor dans *Uren*, précité, p. 132-139, et ceux du juge Richardson dans *Taylor*, précité, p. 92.)

La Law Commission for England and Wales a étudié de façon approfondie la question des dommages-intérêts punitifs. Elle a d'abord mené des consultations publiques en publiant deux documents à cette fin, l'un en 1993 et l'autre en 1995, puis elle a produit son rapport en 1997. Elle a recommandé le maintien des dommages-intérêts punitifs et l'élargissement de leur champ d'application, tout en insistant sur le fait que les sommes accordées à ce titre devraient être [TRADUCTION] « cohérentes, modérées et proportionnées » (partie 5, par. 82). Cinq principes ont guidé la Commission dans ses recommandations sur les dommages-intérêts punitifs (partie 1, par. 17) :

[TRADUCTION] Premièrement, les dommages-intérêts exemplaires devraient être une réparation exceptionnelle, rarement accordée et réservée aux cas les plus répréhensibles de délit civil qui autrement resteraient impunis par la justice. Deuxièmement, le droit à des dommages-intérêts punitifs et la détermination de leur quantum doivent reposer sur un fondement raisonné et clair. Troisièmement, quoique la souplesse soit un aspect nécessaire, il faut éviter toute incertitude inutile quant à l'ouverture de cette réparation et à la détermination de son quantum. Quatrièmement, il ne faut pas causer de préjudice indu aux défendeurs. Cinquièmement, cette réparation ne doit pas avoir d'incidences négatives sur l'administration et le financement du système de justice civile.

Le Parlement du Royaume-Uni, qui, affirme-t-on, attendrait que la jurisprudence précise cet aspect du droit dans ce pays, n'a pas encore entériné ces propositions : House of Commons, Written Answers to Questions, 9 novembre 1999, col. 502.

Les tribunaux anglais élaborent actuellement des principes et des lignes directrices, tant d'ordre substantiel que procédural, pour encadrer l'attribution des dommages-intérêts punitifs : *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1998), vol. 12(1), par. 1115-1117;

at paras. 461-70; Law Commission for England and Wales, *supra*, Part IV. Some of these are substantive and some are procedural. In substantive terms, it is now well established that the plaintiff and not somebody else must be the victim of the defendant's wrongful conduct; restraint should be exercised in the award of punitive damages; and punitive damages should be awarded under the *Rookes* approach "if, but only if" compensatory damages are inadequate to punish the defendant (which means that punitive damages are a "topping up" award and a remedy of last resort). Relevant factors include the reprehensibility of the defendant's conduct; the existence of multiple plaintiffs or multiple defendants; the defendant's good faith; and whether the defendant has already been punished under criminal law (this may be an absolute bar). The parties' means are relevant to the assessment.

In terms of procedure, the English courts have made important changes. In *John v. MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586, the Court of Appeal ruled that a jury's attention can be directed to previous awards that the Court of Appeal has either approved or substituted for a jury award as well as to compensatory damage scales. The Court of Appeal also approved the practice of judges and counsel indicating an appropriate award level. The Court of Appeal felt that the process of mentioning figures, "far from developing into an auction", would "induce a mood of realism" on both sides (p. 615). In *Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1997] 2 All E.R. 762, the Court of Appeal went further still and approved "guideline" brackets for both compensatory and punitive damages. The Court of Appeal set down general guiding principles, and minimum and ceiling amounts specific to the cause of action at issue, thus permitting brackets in the consideration of punitive damages claims. The Court of Appeal's guiding principles for jury instruction included (1) the familiar "if, but only if" test; (2) pointing out that aggravated damages, because they compensate for injuries due to outrageous defendant behaviour, already include a measure of punishment, albeit incidental; (3) punitive dam-

McGregor on Damages (16^e éd. 1997), par. 461-470; Law Commission for England and Wales, *op. cit.*, partie IV. Sur le plan substantiel, il est maintenant bien établi que la victime de la conduite fautive doit être le demandeur et non un tiers, qu'il faut faire preuve de modération dans le recours à cette réparation et que, conformément à l'approche préconisée dans l'arrêt *Rookes*, des dommages-intérêts ne doivent être accordés que [TRADUCTION] « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires ne suffisent pas à punir le défendeur (ce qui signifie que les dommages-intérêts punitifs sont « complémentaires » et constituent une réparation de dernier ressort). Parmi les facteurs pertinents, mentionnons le caractère répréhensible de la conduite du défendeur, l'existence de multiples demandeurs ou défendeurs, la bonne foi du défendeur et l'existence d'une condamnation criminelle déjà prononcée contre le défendeur (laquelle peut constituer un empêchement absolu). Les ressources des parties sont également une considération pertinente.

Du point de vue procédural, les tribunaux anglais ont apporté d'importants changements. Dans l'arrêt *John c. MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586, la Cour d'appel a jugé qu'on peut faire état au jury, à l'égard des dommages-intérêts punitifs, d'exemples de sommes qui ont été accordées par des jurys et approuvées par les tribunaux d'appel ou de sommes accordées par ces tribunaux en remplacement de sommes fixées par un jury, ainsi que de barèmes de dommages-intérêts compensatoires. La Cour d'appel a également approuvé la pratique suivie par des juges et des avocats consistant à indiquer un chiffre approprié à l'égard des dommages-intérêts punitifs. Elle a estimé que, [TRADUCTION] « loin de créer un climat de surenchère », la mention de chiffres « inspirerait un certain réalisme » aux deux parties (p. 615). Dans *Thompson c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1997] 2 All E.R. 762, la Cour d'appel est allée plus loin et a approuvé des fourchettes « indicatives » tant pour les dommages-intérêts compensatoires que pour les dommages-intérêts punitifs. Elle a établi des principes directeurs généraux ainsi qu'un minimum et un maximum pour la cause d'action concernée, permettant ainsi le recours à des fourchettes d'indemnisation dans l'examen des demandes de dommages-intérêts punitifs. Au

ages are a “windfall” to the plaintiff; and (4) punitive damages against a public authority may mean that the sums are not available to be spent on behalf of the general public (i.e., punitive damages against the state come at the general public’s expense) (p. 776). In the specific case of an action of a malicious prosecution and false imprisonment against police, for example, the Court of Appeal selected brackets (to be adjusted for inflation) for the punitive damages that are “unlikely to be less than £5,000” as otherwise the conduct probably does not justify any punitive damages award. The “conduct must be particularly deserving of condemnation for an award of as much as £25,000 to be justified and the figure of £50,000 should be regarded as the absolute maximum, involving directly officers of at least the rank of superintendent” (p. 776). The Court of Appeal in *Thompson* also observed that a useful rule of thumb is that the total sum of damages (including punitive damages) should not exceed three times the basic compensatory damages (p. 777).

nombre des principes directeurs énoncés par la Cour d’appel à l’égard des directives au jury, on trouve : (1) le critère bien connu [TRADUCTION] « si, mais seulement si »; (2) l’indication que, du fait qu’ils indemnisent un préjudice causé par une conduite inacceptable du défendeur, les dommages-intérêts majorés comportent déjà, quoiqu’accessoirement, un aspect punitif; (3) le fait que les dommages-intérêts punitifs constituent un « profit inattendu » pour le demandeur; (4) le fait que la condamnation d’une autorité publique au versement de dommages-intérêts punitifs peut signifier que cette somme ne sera pas dépensée pour l’ensemble de la population (c.-à-d. que c’est l’ensemble des citoyens qui paie les dommages-intérêts punitifs auxquels l’État est condamné) (p. 776). Dans le cas particulier des actions contre la police pour poursuite malveillante et emprisonnement injustifié, par exemple, la Cour d’appel a précisé que le montant des dommages-intérêts punitifs (qui doit être indexé sur l’inflation) ne devrait [TRADUCTION] « vraisemblablement pas être inférieur à 5 000 livres », car autrement la conduite ne justifie probablement pas l’attribution de tels dommages-intérêts. [TRADUCTION] « [P]our que des dommages-intérêts aussi élevés que 25 000 livres soient justifiés, il faut que la conduite mérite particulièrement d’être condamnée, et la somme de 50 000 livres devrait être considérée comme la limite supérieure absolue, la conduite reprochée devant alors impliquer directement des policiers ayant au moins le grade de chef de police » (p. 776). Dans l’arrêt *Thompson*, la Cour d’appel a également signalé que, selon une règle empirique utile, la somme totale des dommages-intérêts accordés (y compris les dommages-intérêts punitifs) ne devrait pas dépasser le triple des dommages-intérêts compensatoires (p. 777).

B. *Australia*

52

The High Court of Australia takes the view that the purposes of punitive damages are (1) deterrence of the wrongdoer, “other like-minded persons”, and generally of “conduct of the same reprehensible kind”; and (2) the social function of “teach[ing] a wrong-doer that tort does not pay” (*Lamb v. Cotogno* (1987), 164 C.L.R. 1, at p. 10; *XL Petroleum (N.S.W.) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.* (1985),

B. *Australie*

La Haute Cour d’Australie estime que les dommages-intérêts punitifs jouent un double rôle : (1) celui de dissuader l’auteur de l’acte fautif et les [TRADUCTION] « personnes du même acabit » et de prévenir de façon générale « les conduites similairement répréhensibles »; (2) le rôle social « d’enseigner à l’auteur de l’acte fautif que les délits ne paient pas » (*Lamb c. Cotogno* (1987), 164 C.L.R.

155 C.L.R. 448, at p. 471, *per* Brennan J.). Punitive damages “serve to mark the court’s condemnation” and “disapprobation” of the defendant’s behaviour (*Lamb, supra*, at pp. 10 and 13). Punitive damages require something more than a jury’s “mere disapproval” of the defendant’s conduct (*Uren, supra*, at p. 153). The High Court has endorsed moderation and proportion in punitive awards; proportionality is relative to the circumstances of the case, and there is “no necessary proportionality” between the assessment of compensatory and punitive damages (*XL Petroleum (N.S.W.) Pty., supra, per* Gibbs C.J., at p. 463, and Brennan J., at p. 471; *Lamb, supra*).

In 1966 in the companion cases of *Uren, supra*, and *Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren* (1966), 117 C.L.R. 185, the High Court declined to adopt *Rookes’s* “categories” of restrictions on punitive damage awards. Punitive damages are available for “conscious wrongdoing in contumelious disregard of another’s rights” (*Whitfeld v. De Lauret & Co.* (1920), 29 C.L.R. 71 (Austl. H.C.), at p. 77, *per* Knox C.J.). Punitive damages are awarded “rarely” but in a wider range of torts than those prescribed in *Rookes, supra*. They are most commonly awarded for intentional torts but their availability is not precluded merely because the cause of action is framed in negligence if the wrongdoing is wanton, reckless or outrageous (*Gray v. Motor Accident Commission* (1998), 196 C.L.R. 1 (Austl. H.C.), at pp. 9 and 28; *Lamb, supra*). Thus punitive damages have been awarded for trespass to chattels, trespass to land, trespass to the person, deceit, reckless negligence, and defamation (*Gray, supra*, at pp. 27-28); and see generally, *Halsbury’s Laws of Australia* (1995), vol. 9, 1995, “Damages”, at paras. 135-505. The defendant’s misconduct, and not the cause of action, thus governs the availability of punitive damages.

1, p. 10; *XL Petroleum (N.S.W.) Pty. Ltd. c. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.* (1985), 155 C.L.R. 448, p. 471, *le juge* Brennan). Les dommages-intérêts punitifs [TRADUCTION] « permettent de montrer que le tribunal condamne » et « réproouve » le comportement du défendeur (*Lamb, précité*, p. 10 et 13). Leur attribution exige davantage que la [TRADUCTION] « simple réprobation » par le jury de la conduite du défendeur (*Uren, précité*, p. 153). La Haute Cour a approuvé les principes de modération et de proportionnalité en matière de dommages-intérêts punitifs; la proportionnalité est fonction des circonstances de l’espèce et il n’y a pas de [TRADUCTION] « coefficient de proportionnalité obligatoire » entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts punitifs (*XL Petroleum (N.S.W.) Pty., précité*, *le juge en chef* Gibbs, p. 463, et *le juge* Brennan, p. 471; *Lamb, précité*).

Dans les affaires connexes *Uren, précitée*, et *Australian Consolidated Press Ltd. c. Uren* (1966), 117 C.L.R. 185, la Haute Cour a refusé d’adopter les « catégories » énoncées dans l’arrêt *Rookes* qui limitent le champ d’application des dommages-intérêts punitifs. De tels dommages-intérêts peuvent être accordés à l’égard [TRADUCTION] « d’actes fautifs délibérés dénotant une insouciance démesurée envers les droits d’autrui » (*Whitfeld c. De Lauret & Co.* (1920), 29 C.L.R. 71 (H.C. Austr.), p. 77, *le juge en chef* Knox). Les dommages-intérêts punitifs ne sont accordés que « rarement », mais ils le sont pour un plus large éventail de délits que ceux prévus dans l’arrêt *Rookes, précité*. Il s’agit le plus souvent de délits intentionnels, mais le seul fait que la cause d’action soit fondée sur la négligence ne fait pas pour autant obstacle au droit d’obtenir des dommages-intérêts punitifs lorsque l’acte fautif est démesuré, téméraire ou inacceptable (*Gray c. Motor Accident Commission* (1998), 196 C.L.R. 1 (H.C. Austr.), p. 9 et 28; *Lamb, précité*). Ainsi, des dommages-intérêts punitifs ont été accordés pour atteinte à la possession mobilière, intrusion, atteinte à la personne, dol, négligence téméraire et diffamation (*Gray, précité*, p. 27-28); et voir, généralement, *Halsbury’s Laws of Australia*, vol. 9, 1995, « Damages », par. 135-505. Le droit à des dommages-intérêts punitifs dépend donc de la conduite répréhensible du défendeur et non de la cause d’action.

54

With respect to the potential duplication of the punitive function of the criminal law, the High Court has ruled that the “infliction of substantial punishment for what is substantially the same conduct as the conduct which is the subject of the civil proceeding” bars the award of punitive damages (*Gray, supra*, at p. 14). The dissent on this point by Callinan J. is closer to the Canadian position at pp. 50-51:

The fact of the imposition of punishment and its extent and impact on the defendant will always be relevant factors, probably on most occasions the major and decisive factors. They may not however be conclusive ones for all cases. . . . A court would also be entitled to take into account that lesser punishments may have been, or might be imposed as a consequence of the acceptance of a lesser plea, the availability (for what might be sound policy reasons in and for the purposes of the criminal law) of a small penalty only, the desirability of the less condemnatory process by way of civil rather than criminal proceedings, the need to encourage compliance with the law, and the fact that the possibility of any criminal sanction is illusory.

C. *New Zealand*

55

Punitive damages in tort have always been part of New Zealand’s common law and have been recognized repeatedly by its Supreme Court and Court of Appeal. See, for example, *M’Comb v. Low* (1873), 1 N.Z. Jur. 49 (punitive damages award in malicious prosecution). After *Rookes, supra*, New Zealand affirmed the judicial power to mark high-handed and heinous conduct in contumelious disregard of another’s rights through the award of punitive damages without limitation to *Rookes’s* narrow categories (*Taylor, supra; Donselaar v. Donselaar*, [1982] 1 N.Z.L.R. 97 (C.A.); and *Daniels v. Thompson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 22 (C.A.)).

56

The New Zealand courts have permitted punitive damage awards in a wide range of causes of action in both common law and equity (*Cook v. Evatt (No. 2)*, [1992] 1 N.Z.L.R. 676 (H.C.)) and for both intentional and unintentional defendant

Pour ce qui est du chevauchement possible de cette réparation et de la fonction punitive du droit criminel, la Haute Cour a jugé que [TRADUCTION] « l’infliction d’une peine sévère pour la conduite qui correspond essentiellement à celle faisant l’objet de l’instance civile » fait obstacle à l’attribution de dommages-intérêts punitifs (*Gray, précité*, p. 14). L’opinion dissidente exprimée sur cette question par le juge Callinan (aux p. 50-51) se rapproche davantage de la position canadienne :

[TRADUCTION] Le fait qu’une punition a été infligée ainsi que la sévérité et les conséquences de celle-ci pour le défendeur constitueront toujours des facteurs pertinents et probablement, la plupart du temps, des facteurs importants et décisifs. Il se peut toutefois qu’ils ne soient pas déterminants dans tous les cas. [. . .] Un tribunal pourrait aussi prendre en considération le fait qu’une peine moins sévère a été ou pourrait être appliquée par suite de l’acceptation d’un plaidoyer de culpabilité à l’égard d’une infraction moindre, que (pour des raisons de principe judicieuses en matière criminelle) le défendeur n’est passible que de peines légères, qu’il est souhaitable de préférer à la poursuite criminelle la voie moins stigmatisante de l’instance civile, qu’il est nécessaire d’encourager le respect de la loi et que l’infliction d’une sanction criminelle peut être illusoire.

C. *Nouvelle-Zélande*

Les dommages-intérêts punitifs en matière civile délictuelle ont toujours fait partie de la common law en Nouvelle-Zélande. La Cour suprême et la Cour d’appel de ce pays en ont maintes fois reconnu la validité (voir, par exemple, *M’Comb c. Low* (1873), 1 N.Z. Jur. 49 (poursuite abusive)). Après l’arrêt *Rookes, précité*, des décisions ont confirmé le pouvoir des tribunaux de souligner, par des dommages-intérêts punitifs, le caractère abusif ou haineux de comportements dénotant une insouciance démesurée envers les droits d’autrui, sans se limiter aux catégories étroites introduites par cet arrêt (*Taylor, précité; Donselaar c. Donselaar*, [1982] 1 N.Z.L.R. 97 (C.A.), et *Daniels c. Thompson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 22 (C.A.)).

Les tribunaux de la Nouvelle-Zélande ont accordé des dommages-intérêts punitifs relativement à un large éventail de causes d’action tant en common law qu’en equity (*Cook c. Evatt (No. 2)*, [1992] 1 N.Z.L.R. 676 (H.C.)), ainsi que pour

conduct: see, for example, *McLaren Transport Ltd. v. Somerville*, [1996] 3 N.Z.L.R. 424 (H.C.) (negligence); *Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299 (C.A.) (breach of confidence); *Coloca v. B.P. Australia Ltd.*, [1992] 2 V.R. 441 (S.C.) (negligence); *L. v. Robinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 499 (H.C.) (negligence). Punitive damages for negligence causing personal injury, while rare, may be awarded if, but only if, the level of negligence is “so high that it amounts to an outrageous and flagrant disregard for the plaintiff’s safety, meriting condemnation and punishment” (*McLaren Transport*, *supra*, at p. 434, *per* Tipping J.; *Ellison v. L.*, [1998] 1 N.Z.L.R. 416 (C.A.)).

New Zealand’s situation is somewhat complicated by its extensive statutory scheme of no-fault benefits to compensate personal injuries from accidents in lieu of compensatory damages. However, even here the New Zealand Court of Appeal has held that the legislation does not bar the award of punitive damages for the defendant’s related misconduct because the respective functions are different: the benefits under no-fault legislation compensate the victim for his or her loss without punishing the defendant, while punitive damages punish and deter the wrongdoer and are based on the quality of the defendant’s conduct (*Donselaar*, *supra*; *McLaren Transport*, *supra*; *Auckland City Council v. Blundell*, [1986] 1 N.Z.L.R. 732; *Green v. Matheson*, [1989] 3 N.Z.L.R. 564; *McKenzie v. Attorney-General*, [1992] 2 N.Z.L.R. 14). Punitive damages awards are a “serious and exceptional remedy” (*Donselaar*, *supra*, at p. 107). They are reserved for truly outrageous conduct where the other remedies that the defendant must bear will fall short of an adequate punishment (*Dunlea v. Attorney-General*, [2000] 3 N.Z.L.R. 136 (C.A.); *Ellison*, *supra*; *Blundell*, *supra*; *Aquaculture Corp.*, *supra*; *Cook*, *supra*). The marking out and punishment of outrageous conduct can be achieved by a relatively modest penalty that is fairly and reasonably commensurate with the gravity of the conduct being condemned (*Daniels*, *supra*; *Ellison*, *supra*; *Blundell*, *supra*). Civil actions should be stayed until criminal actions

des conduites intentionnelles ou non intentionnelles (voir, par exemple, *McLaren Transport Ltd. c. Somerville*, [1996] 3 N.Z.L.R. 424 (H.C.) (négligence); *Aquaculture Corp. c. New Zealand Green Mussel Co.*, [1990] 3 N.Z.L.R. 299 (C.A.) (abus de confiance); *Coloca c. B.P. Australia Ltd.*, [1992] 2 V.R. 441 (S.C.) (négligence); *L. c. Robinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 499 (H.C.) (négligence)). Quoique des dommages-intérêts punitifs soient rarement accordés dans les affaires de négligence ayant causé des blessures, ils peuvent l’être si, mais seulement si la négligence atteint un degré tel [TRADUCTION] « qu’elle témoigne d’une insouciance flagrante et inacceptable envers la sécurité du demandeur et qu’elle mérite condamnation et punition » (*McLaren Transport*, précité, p. 434, le juge Tipping; *Ellison c. L.*, [1998] 1 N.Z.L.R. 416 (C.A.)).

En Nouvelle-Zélande, la situation se complique quelque peu du fait que, dans ce pays, on a substitué aux dommages-intérêts compensatoires, un régime législatif général d’indemnisation sans égard à la faute en matière de préjudices corporels résultant d’accidents. Toutefois, malgré l’existence de ce régime, la Cour d’appel de ce pays a jugé que la loi n’interdit pas l’attribution de dommages-intérêts punitifs visant la conduite répréhensible du défendeur, parce que le rôle de ces derniers et celui du régime diffèrent : les prestations prévues par le régime d’indemnisation sans égard à la faute compensent la victime pour sa perte sans punir le défendeur, alors que les dommages-intérêts punitifs, qui reposent sur la qualification de la conduite du défendeur, sanctionnent l’auteur de la faute et le découragent de récidiver (*Donselaar*, précité; *McLaren Transport*, précité; *Auckland City Council c. Blundell*, [1986] 1 N.Z.L.R. 732; *Green c. Matheson*, [1989] 3 N.Z.L.R. 564; *McKenzie c. Attorney-General*, [1992] 2 N.Z.L.R. 14). Les dommages-intérêts punitifs constituent [TRADUCTION] « une mesure réparatrice sévère et exceptionnelle » (*Donselaar*, précité, p. 107). Ils ne sont accordés qu’à l’égard de conduites absolument inacceptables, lorsque les autres mesures de réparation auxquelles le défendeur est condamné ne constituent pas une punition suffisante (*Dunlea c. Attorney-General*, [2000] 3 N.Z.L.R. 136 (C.A.); *Ellison*, précité; *Blundell*, précité; *Aquaculture*

are concluded or until it is clear that they will not be instituted (*W. v. W.*, [1999] 2 N.Z.L.R. 1 (P.C.)). Professional disciplinary sanctions against a defendant are a “factor” but not a decisive bar against the award of punitive damages (*Robinson, supra*).

D. Ireland

58

In Ireland, punitive damages are said to arise from the nature of the wrong that has been committed or the manner of its commission and are intended to punish the defendant for outrageous conduct, deter the defendant and others from such conduct in the future, and “to mark the court’s particular disapproval of the defendant’s conduct in all the circumstances of the case and its decision that it should publicly be seen to have punished the defendant for such conduct” (*Conway, supra*, at p. 503, *per* Finlay C.J.). Ireland does not follow the categorical approach set out in *Rookes, supra*.

59

Irish courts also emphasize the need for moderation and restraint in the award of punitive damages. The Irish Supreme Court has recognized that the power to award punitive damages is a “weapon” that can be used both in defence of, and against, liberty, and that punitive damages are a “drastic, although essential, rule grounded on public policy” (*Conway, supra*, at p. 512, *per* Griffin J.; *Cooper v. O’Connell*, No. 85/90-96, 1997 Ireland S.C. Lexis, June 5, 1997, at p. 8 *per* Keane J.). As a general principle, punitive damages are not awarded if the amount of compensatory damages constitutes a sufficient public disapproval of and punishment for the particular form of the wrongdoing. See generally, Ireland, Law Reform Commission, *Consultation Paper on*

Corp., précité; *Cook*, précité). La dénonciation et la punition d’une conduite inacceptable peuvent se faire au moyen d’une pénalité relativement modérée, qui soit juste et raisonnablement proportionnée à la gravité de la conduite condamnée (*Daniels*, précité; *Ellison*, précité; *Blundell*, précité). Les actions civiles devraient être suspendues tant que des poursuites criminelles sont en cours ou jusqu’à ce qu’il soit clair que de telles poursuites ne seront pas engagées (*W. c. W.*, [1999] 2 N.Z.L.R. 1 (C.P.)). La prise de sanctions disciplinaires contre un défendeur constitue un « facteur » à prendre en compte, mais elle ne constitue pas un empêchement absolu à l’attribution de dommages-intérêts punitifs (*Robinson*, précité).

D. Irlande

En Irlande, on considère que les dommages-intérêts punitifs découlent de la nature de la faute qui a été commise ou de la manière dont elle l’a été et qu’ils visent à punir le défendeur de sa conduite inacceptable, à le dissuader — lui et autrui — de récidiver et [TRADUCTION] « à signaler que le tribunal désapprouve de façon particulière la conduite du défendeur dans les circonstances de l’affaire et estime devoir montrer publiquement qu’elle le punit pour cette conduite » (*Conway*, précité, p. 503, le juge en chef Finlay). L’Irlande n’applique pas l’approche par catégorisation établie dans l’arrêt *Rookes*, précité.

Les tribunaux irlandais ont eux aussi insisté sur la nécessité de faire preuve de modération et de circonspection dans l’attribution de dommages-intérêts punitifs. La Cour suprême de ce pays a reconnu que le pouvoir d’accorder de tels dommages-intérêts est une [TRADUCTION] « arme » qui peut servir autant à défendre la liberté qu’à l’attaquer, et que cette sanction relève de l’application d’une règle [TRADUCTION] « draconienne, quoiqu’essentielle, fondée sur des considérations relatives à l’ordre public » (*Conway*, précité, p. 512, le juge Griffin; *Cooper c. O’Connell*, No. 85/90-96, 1997 Ireland S.C. Lexis, 5 juin 1997, p. 8, le juge Keane). En principe, si le montant des dommages-intérêts compensatoires marque suffisamment la désapprobation du public à l’égard de la faute

Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (1998).

E. *United States*

Punitive damages have not lacked for critics in the United States. However, in response to those critics who questioned “the propriety of this doctrine”, the Supreme Court pointed to its history: “[I]f repeated judicial decisions for more than a century are to be received as the best exposition of what the law is, the question will not admit of argument” (*Day v. Woodworth*, 54 U.S. (13 How.) 363 (1851), at p. 371). Nevertheless, as early as 1872, Foster J. of the New Hampshire Supreme Court surveyed the American and English precedents in *Fay v. Parker*, 53 N.H. 342 (1872), and, at p. 382, uttered a much-quoted condemnation calling punitive damages a “monstrous heresy” and an “unsightly and an unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law”.

For practical rather than such theoretical reasons, numerous pieces of state and federal legislation now add a variety of controls, ranging from elimination of punitive damages, elimination of punitive damages in certain causes of action, caps, ratios, and diversion of portions of the money (or “kickers”) to public funds so the total amount of compensation does not go to the plaintiff. The most common form of intervention has been to cap the punitive damages at three times the compensatory award. Additionally, there are constitutional limitations (both federal and state) on the awards of punitive damages (see generally L. L. Schlueter and K. R. Redden, *Punitive Damages* (4th ed. 2000), vol. 1, c. 3).

en cause, en plus de constituer une peine suffisante, on n'accorde pas de dommages-intérêts punitifs. Voir, en général, Irlande, Law Reform Commission, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1998).

E. *États-Unis*

Les critiques ne manquent pas au sujet des dommages-intérêts punitifs aux États-Unis. Toutefois, la Cour suprême a invité ceux qui mettaient en doute [TRADUCTION] « l'opportunité de cette doctrine » à se reporter à son histoire : « [S]i les décisions répétées des tribunaux pendant plus d'un siècle doivent être considérées comme la meilleure indication de ce qu'est le droit applicable, la question n'admet aucun débat » (*Day c. Woodworth*, 54 U.S. (13 How.) 363 (1851), p. 371). Il n'en reste pas moins que, dès 1872, dans l'affaire *Fay c. Parker*, 53 N.H. 342 (1872), le juge Foster de la Cour suprême du New Hampshire a passé en revue la jurisprudence américaine et anglaise, et prononcé, à l'égard des dommages-intérêts punitifs, la condamnation maintes fois citée par la suite, les qualifiant [TRADUCTION] « [d']hérésie monstrueuse » et « [d']excroissance disgracieuse et malsaine rompant la symétrie du droit » (p. 382).

Davantage par pragmatisme que sur le fondement de telles considérations théoriques, de nombreuses lois fédérales et étatiques prévoient maintenant diverses restrictions, allant de l'abolition pure et simple des dommages-intérêts punitifs à la distraction dans le Trésor public d'une partie de ces sommes ou « kickers » (« contribution ») de façon que le demandeur ne touche pas la totalité de ceux-ci, en passant par l'élimination des dommages-intérêts punitifs pour certaines causes d'action et par l'établissement de plafonds et de ratios. La mesure la plus fréquente a consisté à fixer un plafond égal à trois fois le montant des dommages-intérêts compensatoires accordés. En outre, des restrictions d'ordre constitutionnel (tant aux niveaux fédéral qu'étatique) limitent également les sommes accordées au titre des dommages-intérêts punitifs (voir, généralement, L. L. Schlueter et K. R. Redden, *Punitive Damages* (4^e éd. 2000), vol. 1, ch. 3).

60

61

62

The standard of behaviour required to trigger an award of punitive damages in the United States is usually formulated in the epithets (malicious, high-handed, oppressive, outrageous, etc.) familiar to Canadian courts.

63

In the absence of statutory intervention, the appellate courts in the United States impose a measure of discipline usually based on constitutional due process considerations. In *BMW, supra*, the Alabama trial jury awarded punitive damages of \$4 million. The Alabama appellate court substituted an award of \$2 million, which the U.S. Supreme Court quashed as so “grossly excessive” as to be unconstitutional. In its view, BMW’s conduct was not particularly reprehensible and there was an unacceptable ratio of 500:1 between the punitive damages and the actual harm. The issue of quantum was remitted to the Alabama courts and Dr. Gore’s roller coaster ride in the courts terminated in \$50,000 in punitive damages: *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 701 So.2d 507 (Ala. 1997). In the case of *Liebeck, supra*, the jury’s award of \$2.7 million in punitive damages for a hot coffee burn was reduced to \$480,000 by the trial judge, and the parties settled the case before appeal.

64

The United States Supreme Court has consistently rejected the suggestion of a mechanical or “mathematical formula” or “bright line” for determining whether a punitive damage award is constitutional. In the 1991 case of *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991), Blackmun J., for the majority, concluded that punitive damages were not *per se* unconstitutional and held that the punitive damages award in that case, though “close to the line” (p. 23), did not violate due process despite being a multiple of four times the compensatory damages and much exceeding the amount set by state legislation for insurance fraud.

Les comportements donnant ouverture à l’attribution de dommages-intérêts punitifs aux États-Unis sont habituellement décrits au moyen de certains épithètes (par exemple : malveillant, abusif, oppressif ou inacceptable) qui sont familiers aux tribunaux canadiens.

En l’absence d’encadrement législatif, les cours d’appel américaines imposent une certaine discipline, généralement fondée sur l’application de considérations touchant au principe constitutionnel de l’application régulière de la loi. Ainsi, dans l’affaire *BMW*, précitée, le jury de l’Alabama avait accordé des dommages-intérêts punitifs de 4 millions de dollars, que la Cour d’appel de cet État avait réduits à 2 millions. La Cour suprême des États-Unis a par la suite infirmé cette décision, la jugeant si [TRADUCTION] « démesurément excessive » qu’elle en devenait inconstitutionnelle. Selon la Cour suprême, la conduite de BMW n’était pas particulièrement répréhensible, et le ratio de 500 pour 1 entre les dommages-intérêts punitifs et le préjudice réel était inacceptable. Elle a renvoyé la question du quantum aux tribunaux de l’État, et la saga de M. Gore devant les tribunaux s’est soldée pour ce dernier par l’obtention d’une somme de 50 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs (*BMW of North America, Inc. c. Gore*, 701 So.2d 507 (Ala. 1997)). Dans l’affaire *Liebeck*, précitée, les dommages-intérêts punitifs de 2,7 millions de dollars accordés par le jury pour les brûlures causées par du café chaud ont été réduits à 480 000 \$ par le juge de première instance. Les parties ayant réglé à l’amiable, il n’y a pas eu d’appel.

La Cour suprême des États-Unis rejette systématiquement l’idée de recourir à une « formule mathématique » ou mécanique ou à une « ligne de démarcation nette » pour décider si une somme accordée au titre des dommages-intérêts punitifs est constitutionnelle. Dans l’affaire *Pacific Mutual Life Insurance Co. c. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991), le juge Blackmun, qui prononçait l’opinion majoritaire, a estimé que les dommages-intérêts punitifs n’étaient pas en eux-mêmes inconstitutionnels et il a conclu que, en l’occurrence, bien que [TRADUCTION] « frôlant la limite » (p. 23) ils ne portaient pas atteinte au droit à l’application

The court approved the relatively loose instructions to the jury in that case. O'Connor J. in dissent, at p. 51, objected to the lack of more specific direction. She instead proposed standards that would include factors such as (1) whether the punitive award had a reasonable relationship to the harm; (2) the defendant's conduct, including any cover-ups, length of conduct and patterns of similar conduct; (3) the defendant's profits; (4) the criminal sanctions against the defendant; (5) the litigation costs; (6) the defendant's financial means; and (7) other civil actions against the defendant for the same conduct. (The reference to "(5) litigation costs" reflects the fact that in the United States even successful plaintiffs will generally have to bear their own costs.)

In *Honda Motor Co. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994), the court again emphasized the need for rationality. Then in *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993), it held that even a "dramatic disparity" (p. 462) between the actual and punitive award is not a controlling factor, in part because the magnitude of the potential harm to the intended victim and the possible harm to other victims if the conduct were not deterred are important considerations. (In that case, punitive damages were about ten times the compensatory damages.) The most recent decision by the U.S. Supreme Court on punitive damage awards was handed down in May 2001 in *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001). *Cooper Industries* held that the courts of appeal should apply a *de novo*, rather than abuse of discretion, standard when reviewing district court determinations of the constitutionality of punitive damages awards. The court again emphasized that, while the constitutional line is "inherently imprecise" (p. 1684) for assessing whether punishments are grossly disproportionate to the gravity of the misconduct, the three factors from *BMW* (1996),

régulière de la loi, même si leur quantum était quatre fois supérieur à celui des dommages-intérêts compensatoires et excédait de beaucoup la somme prévue par le législateur de l'État en cas de fraude en matière d'assurance. La Cour a approuvé les directives plutôt générales qui avaient été données au jury. Madame le juge O'Connor, dissidente, a estimé, à la p. 51, qu'il aurait fallu des directives plus précises, proposant des normes faisant appel à des facteurs tels : (1) l'existence d'un lien raisonnable entre les dommages-intérêts punitifs et le préjudice; (2) la conduite du défendeur, notamment toute tentative de dissimulation, la durée du comportement ou sa répétition; (3) les profits réalisés par le défendeur; (4) les sanctions criminelles infligées au défendeur; (5) les frais de justice; (6) les ressources financières du défendeur; (7) les autres poursuites civiles intentées contre le défendeur relativement à la même conduite. (L'inclusion du facteur « (5) les frais de justice », s'explique par le fait que, aux États-Unis, même les demandeurs qui ont gain de cause doivent généralement supporter leurs propres frais.)

Dans *Honda Motor Co. c. Oberg*, 512 U.S. 415 (1994), la Cour suprême des États-Unis a une fois de plus insisté sur la nécessité de la rationalité puis, dans *TXO Production Corp. c. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993), elle a jugé que même un [TRADUCTION] « écart marqué » (p. 462) entre les dommages-intérêts compensatoires et punitifs ne constituait pas un facteur déterminant, parce qu'il existe d'autres considérations importantes, notamment l'ampleur du préjudice qu'aurait pu subir la victime visée et le tort susceptible d'être causé à d'autres victimes en l'absence de dissuasion. (Dans cette affaire, les dommages-intérêts punitifs équivalaient à environ dix fois les dommages-intérêts compensatoires.) La Cour suprême a prononcé son plus récent arrêt au sujet des dommages-intérêts punitifs au mois de mai 2001, dans l'affaire *Cooper Industries, Inc. c. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001). Elle y a jugé que les cours d'appel doivent appliquer la norme de l'audience *de novo* plutôt que la norme de l'abus de pouvoir discrétionnaire, lorsqu'elles contrôlent les décisions des cours de district concernant la constitutionnalité des sommes accordées au titre des

supra, provide “guideposts” (p. 605): (1) the degree of the defendant’s reprehensibility or culpability; (2) the relationship between the penalty and the harm or potential harm to the victim caused by the defendant’s actions; and (3) civil or criminal penalties imposed in other cases for comparable misconduct.

F. Conclusions from the Comparative Survey

66 For present purposes, I draw the following assistance from the experience in other common law jurisdictions which I believe is consistent with Canadian practice and precedent.

67 First, the attempt to limit punitive damages by “categories” does not work and was rightly rejected in Canada in *Vorvis*, *supra*, at pp. 1104-6. The control mechanism lies not in restricting the category of case but in rationally determining circumstances that warrant the addition of punishment to compensation in a civil action. It is in the nature of the remedy that punitive damages will largely be restricted to intentional torts, as in *Hill*, *supra*, or breach of fiduciary duty as in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, but *Vorvis* itself affirmed the availability of punitive damages in the exceptional case in contract. In *Denison v. Fawcett*, [1958] O.R. 312, the Ontario Court of Appeal asserted in *obiter* that on proper facts punitive damages would be available in negligence and nuisance as well. In *Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 228, the British Columbia Court of Appeal awarded punitive damages in a negligence case on the principle that they ought to be available whenever “the conduct of the defendant [was] such as to merit condemnation by the [c]ourt” (p. 250). This broader approach seems to be in line

dommages-intérêts punitifs. La Cour suprême des États-Unis a une fois de plus rappelé que, bien que la ligne de démarcation constitutionnelle permettant de déterminer si la punition est exagérément disproportionnée par rapport à la gravité de la conduite répréhensible soit [TRADUCTION] « intrinsèquement imprécise » (p. 1684), les trois facteurs suivants, énoncés dans l’arrêt *BMW* (1996), précité, constituent des [TRADUCTION] « balises » (p. 605) à cet égard : (1) le caractère répréhensible de la conduite du défendeur ou le degré de culpabilité de ce dernier, (2) le lien entre la peine et le préjudice — réel ou potentiel — découlant des actes du défendeur; (3) les sanctions civiles ou criminelles imposées dans d’autres affaires pour une conduite comparable.

F. Conclusions de l’étude comparative

Voici, pour les besoins de la présente analyse, les enseignements que je tire de l’expérience des autres pays de common law qui, selon moi, s’accorde aux pratiques et précédents canadiens.

Premièrement, la limitation des dommages-intérêts punitifs par l’établissement de « catégories » est inefficace et elle a à juste titre été rejetée au Canada dans l’arrêt *Vorvis*, précité, p. 1104-1106. Le mécanisme de modération ne devrait pas reposer sur la catégorisation d’une affaire mais plutôt sur la détermination rationnelle des circonstances justifiant, dans une action civile, d’ajouter une sanction en sus des dommages-intérêts compensatoires. La nature même des dommages-intérêts punitifs limiterait largement l’application de cette réparation aux délits intentionnels (comme dans l’affaire *Hill*, précitée) ou de manquement à une obligation de fiduciaire (comme dans l’affaire *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6), mais l’arrêt *Vorvis* lui-même a confirmé que des dommages-intérêts punitifs pouvaient exceptionnellement être accordés en matière contractuelle. Dans une remarque incidente dans l’arrêt *Denison c. Fawcett*, [1958] O.R. 312, la Cour d’appel de l’Ontario a signalé que, lorsque les faits le justifiaient, de tels dommages-intérêts pouvaient également être accordés dans les affaires de négligence ou de nuisance. Dans l’arrêt *Robitaille c. Vancouver Hockey Club Ltd.* (1981), 124 D.L.R.

with most common law jurisdictions apart from England.

Second, there is a substantial consensus that coincides with Lord Pratt C.J.'s view in 1763 that the general objectives of punitive damages are punishment (in the sense of retribution), deterrence of the wrongdoer and others, and denunciation (or, as Cory J. put it in *Hill, supra*, at para. 196, they are "the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct").

Third, there is recognition that the primary vehicle of punishment is the criminal law (and regulatory offences) and that punitive damages should be resorted to only in exceptional cases and with restraint. Where punishment has actually been imposed by a criminal court for an offence arising out of substantially the same facts, some jurisdictions, such as Australia and New Zealand, bar punitive damages in certain contexts (*Gray, supra; Daniels, supra*), but the dominant approach in other jurisdictions, including Canada, is to treat it as another factor, albeit a factor of potentially great importance. (*Buxbaum (Litigation guardian of) v. Buxbaum*, [1997] O.J. No. 5166 (QL) (C.A.); *Glendale v. Drozdzik* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 106 (C.A.); *Pollard v. Gibson* (1986), 1 Y.R. 167 (S.C.); *Joanisse v. Y. (D.)* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 224 (S.C.); *Canada v. Lukasik* (1985), 18 D.L.R. (4th) 245 (Alta. Q.B.); *Wittig v. Wittig* (1986), 53 Sask. R. 138 (Q.B.)) The Ontario Law Reform Commission, *supra*, recommended that the "court should be entitled to consider the fact and adequacy of any prior penalty imposed in

(3d) 228, s'appuyant sur le principe selon lequel des dommages-intérêts punitifs devraient être accordés dans tous les cas où [TRADUCTION] « la conduite des défendeurs mérite d'être condamnée par le [t]ribunal » (p. 250), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé des dommages-intérêts de cette nature dans une affaire de négligence. Cette conception plus large semble être partagée par la plupart des pays de common law, exception faite de l'Angleterre.

Deuxièmement, un large consensus s'est établi à partir de l'opinion exprimée par le lord juge en chef Pratt, en 1763, selon laquelle les dommages-intérêts punitifs ont comme objectifs généraux la punition (au sens de châtement), la dissuasion de l'auteur de la faute et d'autrui ainsi que la dénonciation (ou, pour reprendre les propos suivants du juge Cory dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 196, les dommages-intérêts punitifs sont « le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable »).

Troisièmement, il est généralement reconnu que le premier mécanisme punitif est le droit criminel (et les infractions d'ordre réglementaire) et qu'il faut recourir aux dommages-intérêts punitifs uniquement dans les cas exceptionnels et faire alors preuve de modération. Dans certains pays (par exemple l'Australie et la Nouvelle-Zélande), de tels dommages-intérêts ne peuvent être accordés lorsqu'un tribunal de juridiction criminelle a infligé une peine à l'égard d'une infraction découlant en substance des mêmes faits (*Gray, précité; Daniels, précité*). Ailleurs, notamment au Canada, l'approche dominante consiste à considérer la condamnation criminelle comme un facteur parmi d'autres, quoiqu'on reconnaisse qu'elle puisse prendre une grande importance. (*Buxbaum (Litigation guardian of) c. Buxbaum*, [1997] O.J. No. 5166 (QL) (C.A.); *Glendale c. Drozdzik* (1993), 77 B.C.L.R. (2d) 106 (C.A.); *Pollard c. Gibson* (1986), 1 Y.R. 167 (C.S.); *Joanisse c. Y. (D.)* (1995), 15 B.C.L.R. (3d) 224 (C.S.); *Canada c. Lukasik* (1985), 18 D.L.R. (4th) 245 (B.R. Alb.); *Wittig c. Wittig* (1986), 53 Sask. R. 138 (B.R.)) Dans son rapport, *op. cit.*, p. 46, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a

68

69

any criminal or other similar proceeding brought against the defendant” (p. 46).

70

Fourth, the incantation of the time-honoured pejorative (“high-handed”, “oppressive”, “vindictive”, etc.) provides insufficient guidance (or discipline) to the judge or jury setting the amount. Lord Diplock in *Cassell, supra*, at p. 1129, called these the “whole gamut of dyslogistic judicial epithets”. A more principled and less exhortatory approach is desirable.

71

Fifth, all jurisdictions seek to promote rationality. In directing itself to the punitive damages, the court should relate the facts of the particular case to the underlying purposes of punitive damages and ask itself how, *in particular*, an award would further one or other of the objectives of the law, and what is the lowest award that would serve the purpose, i.e., because any higher award would be irrational.

72

Sixth, it is rational to use punitive damages to relieve a wrongdoer of its profit where compensatory damages would amount to nothing more than a licence fee to earn greater profits through outrageous disregard of the legal or equitable rights of others.

73

Seventh, none of the common law jurisdictions has adopted (except by statute) a formulaic approach, as advocated by the intervener the Insurance Council of Canada in this appeal, such as a fixed cap or fixed ratio between compensatory and punitive damages. The proper focus is not on the plaintiff’s loss but on the defendant’s misconduct. A mechanical or formulaic approach does not allow sufficiently for the many variables that ought to be taken into account in arriving at a just award.

recommandé que [TRADUCTION] « le tribunal soit habilité à tenir compte de toute peine antérieure infligée à l’issue d’une poursuite criminelle ou d’une instance analogue visant le défendeur ainsi que du caractère adéquat de cette sanction ».

Quatrièmement, la panoplie des épithètes péjoratives consacrées (« abusif » « oppressif », « malveillante », etc.) est insuffisante pour assister (ou modérer) le juge ou le jury appelé à fixer le montant à accorder. Dans l’arrêt *Cassell*, précité, p. 1129, lord Diplock a qualifié cette liste [TRADUCTION] « [d’]éventail complet des épithètes dépréciatives employées par les juges ». Il est préférable de recourir à une approche qui fasse appel davantage à la raison et moins à l’exhortation.

Cinquièmement, tous les pays cherchent à favoriser la rationalité. Lorsqu’un tribunal se penche sur la question des dommages-intérêts punitifs, il doit mettre en corrélation les faits de l’affaire et les buts visés par de tels dommages-intérêts et se demander en quoi, dans ce *cas particulier*, leur attribution favoriserait la réalisation de l’un ou l’autre des objectifs du droit, et quelle est la somme la moins élevée qui permettrait d’atteindre ce but, car l’attribution de toute somme plus élevée serait irrationnelle.

Sixièmement, il est rationnel d’utiliser les dommages-intérêts punitifs pour dépouiller l’auteur de la faute des profits qu’elle lui a rapportés lorsque le montant des dommages-intérêts compensatoires ne représenterait rien d’autre que le coût d’un permis lui permettant d’accroître ses bénéfices tout en bafouant de façon inacceptable les droits d’autrui, d’ordre juridique ou fondés sur l’équité.

Septièmement, aucun pays de common law n’a adopté (sauf par voie législative) d’approche fondée sur l’application d’une formule tel un plafond fixe ou un ratio déterminé entre les dommages-intérêts compensatoires et punitifs, comme le préconise le Conseil d’assurances du Canada en l’espèce. L’aspect auquel il faut s’attacher n’est pas la perte du demandeur, mais la conduite répréhensible du défendeur. En procédant de façon mécanique ou en appliquant une formule, on ne fait pas une place suffisante aux nombreuses variables qui doivent être prises en considération pour prononcer une décision équitable.

Eighth, the governing rule for quantum is *proportionality*. The overall award, that is to say compensatory damages plus punitive damages plus any other punishment related to the same misconduct, should be rationally related to the objectives for which the punitive damages are awarded (retribution, deterrence and denunciation). Thus there is broad support for the “if, but only if” test formulated, as mentioned, in *Rookes, supra*, and affirmed here in *Hill, supra*.

Ninth, it has become evident that juries can and should receive more guidance and help from the judges in terms of their mandate. They should be told in some detail about the function of punitive damages and the factors that govern both the award and the assessment of a proper amount. Juries should not be thrown into their assignment without any help, then afterwards be criticized for the result.

Tenth, and finally, there is substantial consensus (even the United States is moving in this direction) that punitive damages are not at large (as pointed out by Cory J. in *Hill, supra*, at para. 197) and that an appellate court is entitled to intervene if the award exceeds the outer boundaries of a rational and measured response to the facts of the case.

With the benefit of these general principles, I now turn to the specific issues raised by this appeal.

(1) Punitive Damages for Breach of Contract

This, as noted, is a breach of contract case. In *Vorvis, supra*, this Court held that punitive damages are recoverable in such cases provided the defendant’s conduct said to give rise to the claim is itself “an actionable wrong” (p. 1106). The scope to be given this expression is the threshold question in this case, i.e., is a breach of an insurer’s duty to act in good faith an actionable wrong independent of the loss claim under the fire insurance policy? *Vorvis* itself was a case about the employer’s breach of

Huitièmement, la règle cardinale en matière de quantum est la *proportionnalité*. La réparation globale accordée — c.-à-d. les dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs et toute autre sanction se rapportant à la même conduite répréhensible — doit avoir un lien rationnel avec les objectifs poursuivis par l’attribution des dommages-intérêts punitifs (châtiment, dissuasion et dénonciation). Le critère « si, mais seulement si » formulé dans l’arrêt *Rookes*, précité, et confirmé au Canada dans l’arrêt *Hill*, précité, jouit donc d’assises solides.

Neuvièmement, il est devenu évident que les jurys peuvent et doivent recevoir des juges davantage d’indications et d’assistance quant à la mission qui leur est confiée. Il faut leur expliquer de manière assez détaillée le rôle des dommages-intérêts punitifs et les facteurs qui régissent l’opportunité d’une telle sanction et la détermination de son quantum. Il ne faut pas abandonner les jurés à leur sort et critiquer ensuite leur décision.

Enfin, dixièmement, il existe un large consensus (tendance qui est observable même aux États-Unis) sur le fait que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généraux (comme l’a signalé le juge Cory dans l’arrêt *Hill*, précité, par. 197) et qu’une cour d’appel peut intervenir lorsqu’ils excèdent la limite maximale d’une réponse rationnelle et mesurée aux faits en cause.

À la lumière de ces principes généraux, je vais maintenant examiner les questions particulières que soulève le présent pourvoi.

(1) Dommages-intérêts punitifs en cas de rupture de contrat

Comme il a été signalé plus tôt, il s’agit en l’espèce d’une affaire de rupture de contrat. Dans l’arrêt *Vorvis*, précité, p. 1106, notre Cour a jugé que de tels dommages-intérêts sont recouvrables dans ce genre d’affaires si la conduite reprochée au défendeur constitue en elle-même une faute donnant ouverture à action. La portée à donner à cette expression est la question préliminaire à laquelle il faut répondre en l’espèce : Le manquement par un assureur à son obligation d’agir de bonne foi constitue-t-il,

74

75

76

77

78

an employment contract. This is how McIntyre J. framed the rule at pp. 1105-6:

When then can punitive damages be awarded? It must never be forgotten that when awarded by a judge or jury, a punishment is imposed upon a person by a Court by the operation of the judicial process. What is it that is punished? It surely cannot be merely conduct of which the Court disapproves, however strongly the judge may feel. Punishment may not be imposed in a civilized community without a justification in law. The only basis for the imposition of such punishment must be a finding of the commission of an actionable wrong which caused the injury complained of by the plaintiff. [Emphasis added.]

This view, McIntyre J. said (at p. 1106), “has found approval in the *Restatement on the Law of Contracts 2d* in the United States”, which reads as follows:

Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable. [Emphasis added.]

Applying these principles in *Vorvis*, McIntyre J. stated, at p. 1109:

Each party had the right to terminate the contract without the consent of the other, and where the employment contract was terminated by the employer, the appellant was entitled to reasonable notice of such termination or payment of salary and benefits for the period of reasonable notice. The termination of the contract on this basis by the employer is not a wrong in law and, where the reasonable notice is given or payment in lieu thereof is made, the plaintiff — subject to a consideration of aggravated damages which have been allowed in some cases but which were denied in this case — is entitled to no further remedy [Emphasis added.]

Wilson J., with whom L'Heureux-Dubé J. concurred, dissented. She did not agree “that punitive damages can only be awarded when the misconduct is in itself an ‘actionable wrong’”. She stated, at p. 1130:

indépendamment de la demande d'indemnité présentée en vertu de la police d'assurance-incendie, une faute donnant ouverture à action? L'affaire *Vorvis* portait sur la rupture d'un contrat de travail par l'employeur. Voici comment le juge McIntyre a formulé la règle, aux p. 1105-1106 :

Quand peut-on accorder des dommages-intérêts punitifs? Il ne faut jamais oublier que lorsqu'elle est imposée par un juge ou un jury, une punition est infligée à une personne par un tribunal en vertu du processus judiciaire. Qu'est-ce qui est puni? Ce ne peut certainement pas être simplement le comportement que le tribunal désapprouve, quels que puissent être les sentiments du juge. Dans une société civilisée, on ne saurait infliger de peine sans une justification en droit. L'imposition d'une telle peine ne peut se justifier que par la conclusion qu'il y a eu méfait donnant ouverture à un droit d'action et qui a causé le préjudice allégué par le demandeur. [Je souligne.]

Ce point de vue, d'affirmer le juge McIntyre, à la p. 1106, « a été approuvé aux États-Unis dans *Restatement on the Law of Contracts 2d* » :

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts punitifs ne sont pas recouvrables pour la violation d'un contrat à moins que la conduite qui constitue la violation ne constitue aussi un délit pour lequel des dommages-intérêts punitifs sont recouvrables. [Je souligne.]

Appliquant ces principes dans l'affaire *Vorvis*, le juge McIntyre a dit ceci, à la p. 1109 :

Chacune des parties avait le droit de résilier le contrat de travail sans le consentement de l'autre et, si l'employeur le résiliait, l'appelant avait droit à un préavis raisonnable de cette résiliation ou au paiement d'un salaire et d'avantages pendant la période de préavis raisonnable. La résiliation du contrat dans ces conditions ne constitue pas un acte fautif en droit et, s'il y a eu préavis raisonnable ou versement d'une somme qui en tienne lieu, le demandeur n'a droit à aucune autre réparation, sauf la possibilité de dommages-intérêts majorés qui ont été accordés dans certaines affaires, mais qui ont été refusés en l'espèce [Je souligne.]

Madame le juge Wilson, aux motifs de laquelle a souscrit madame le juge L'Heureux-Dubé, ne partageait pas cet avis. Elle n'estimait pas que les « dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés que si la mauvaise conduite constitue en elle-même “un méfait donnant ouverture à un droit d'action” ». Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 1130 :

In my view, the correct approach is to assess the conduct in the context of all the circumstances and determine whether it is deserving of punishment because of its shockingly harsh, vindictive, reprehensible or malicious nature. Undoubtedly some conduct found to be deserving of punishment will constitute an actionable wrong but other conduct might not.

In the case at bar, Pilot acknowledges that an insurer is under a duty of good faith and fair dealing. Pilot says that this is a contractual duty. *Vorvis*, it says, requires a tort. However, in my view, a breach of the contractual duty of good faith is independent of and in addition to the breach of contractual duty to pay the loss. It constitutes an “actionable wrong” within the *Vorvis* rule, which does not require an independent tort. I say this for several reasons.

First, McIntyre J. chose to use the expression “actionable wrong” instead of “tort” even though he had just reproduced an extract from the *Restatement* which *does* use the word tort. It cannot be an accident that McIntyre J. chose to employ a much broader expression when formulating the Canadian test.

Second, in *Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 S.C.R. 408, at para. 26, this Court, referring to McIntyre J.’s holding in *Vorvis*, said “the circumstances that would justify punitive damages for breach of contract in the absence of actions also constituting a tort are rare” (emphasis added). Rare they may be, but the clear message is that such cases do exist. The Court has thus confirmed that punitive damages can be awarded in the absence of an accompanying tort.

Third, the requirement of an independent tort would unnecessarily complicate the pleadings, without in most cases adding anything of substance. *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, held that a common law duty of care sufficient to

Selon moi, la bonne méthode consiste à évaluer la conduite à la lumière de toutes les circonstances et à déterminer si elle mérite d’être punie en raison de son caractère scandaleusement dur, vengeur, répréhensible ou malicieux. Sans aucun doute, une certaine conduite dont on juge qu’elle mérite d’être punie constituera un méfait donnant ouverture à un droit d’action tandis que ce ne sera pas nécessairement le cas d’un autre type de conduite.

En l’espèce, la société Pilot reconnaît qu’un assureur a l’obligation d’agir de bonne foi et équitablement, mais elle prétend qu’il s’agit d’une obligation contractuelle, alors que l’arrêt *Vorvis* exige l’existence d’une faute d’ordre délictuel. À mon avis, toutefois, le manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi est indépendant du manquement à l’obligation d’indemniser l’assuré de sa perte et il s’y ajoute. Il constitue une faute donnant ouverture à action au sens de la règle énoncée dans *Vorvis*, laquelle n’exige pas un délit indépendant. Plusieurs raisons m’incitent à tirer cette conclusion.

Premièrement, le juge McIntyre a choisi le terme anglais « *actionable wrong* » (« faute donnant ouverture à action ») plutôt que « *tort* » (« délit »), même s’il venait tout juste de citer un extrait du *Restatement* qui *lui* emploie ce mot. Ce ne saurait être par hasard que le juge McIntyre a choisi une expression beaucoup plus large pour énoncer le critère applicable au Canada.

Deuxièmement, dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, par. 26, se référant à la décision du juge McIntyre dans l’arrêt *Vorvis*, notre Cour a indiqué qu’« il [est] rare que les circonstances justifient l’attribution de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat en l’absence d’actions constituant également un délit » (je souligne). De tels cas sont peut-être rares, mais la Cour a clairement indiqué qu’ils existent, confirmant ainsi que des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés en l’absence d’un délit coexistant.

Troisièmement, le fait d’exiger un délit indépendant compliquerait inutilement la rédaction des actes de procédure, sans rien ajouter de substantiel dans la plupart des cas. Dans l’arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, notre Cour a

79

80

81

82

found an action in tort can arise within a contractual relationship, and in that case proceeded with the analysis in tort instead of contract to deprive an allegedly negligent solicitor of the benefit of a limitation defence. To require a plaintiff to formulate a tort in a case such as the present is pure formalism. An independent actionable wrong is required, but it can be found in breach of a distinct and separate contractual provision or other duty such as a fiduciary obligation.

83

I should add that insurance companies have also asserted claims for punitive damages against their insured for breach of the mutual “good faith” obligation in insurance contracts. In *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (Q.B.), the court awarded \$20,000 in punitive damages against an Aetna policy holder in addition to an order for the repayment of \$260,000 in disability payments. The insurance company was not required to identify a separate tort to ground its claim for punitive damages. In that case it was the misconduct of the policy holder, not the insurance company, that was seen as such a marked departure from ordinary standards of decent behaviour as to invite the censure of punitive damages, *per Murray J.* at paras. 84-85:

This leaves the question of whether or not the plaintiff’s conduct was so reprehensible and high-handed that he should be punished for his behaviour. Counsel for the defendant makes the point that the plaintiff embarked on a deliberate course of conduct to misrepresent facts to the defendant in order to continue to collect disability benefits. If the only consequence of this behaviour is forfeiture of his claim then in effect he is no worse off than if he had been truthful in the first place and deterrence which is one of the objects of granting punitive damages is given no effect.

A great deal has been made in the case law, to which this court was referred, of the fact that insurers vis-à-vis their insureds are in a superior bargaining position and

jugé que des rapports contractuels pouvaient donner naissance à une obligation de diligence en common law suffisante pour fonder une action en responsabilité civile délictuelle et, au terme d’une analyse fondée sur la responsabilité délictuelle plutôt que contractuelle, elle a écarté en matière contractuelle la défense de prescription invoquée par un avocat accusé de négligence. Le fait d’obliger le demandeur à énoncer un délit dans une affaire comme la présente n’est que pur formalisme. Il faut certes une faute indépendante donnant ouverture à action, mais elle peut découler de la violation d’une stipulation contractuelle distincte ou d’une autre obligation, telle une obligation de fiduciaire.

J’ajouterais que des sociétés d’assurance ont elles aussi demandé des dommages-intérêts punitifs à des assurés pour manquement à l’obligation mutuelle de « bonne foi » comprise dans les contrats d’assurance. Dans *Andrusiw c. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (B.R.), le tribunal a condamné le titulaire de la police à verser des dommages-intérêts punitifs de 20 000 \$ à Aetna, en plus de l’obliger à rembourser 260 000 \$ en prestations d’invalidité. La société d’assurance n’a pas été obligée de préciser l’existence d’un délit distinct pour justifier sa demande de dommages-intérêts punitifs. Dans cette affaire, c’est la conduite répréhensible du titulaire de la police — et non de l’assureur — qui a été considérée comme une dérogation si marquée par rapport aux normes ordinaires de bonne conduite qu’elle commandait la condamnation que constituent les dommages-intérêts punitifs. Le juge Murray s’est exprimé ainsi aux par. 84-85 :

[TRADUCTION] Il reste à se demander si la conduite du demandeur était répréhensible et abusive au point qu’il faille le punir à cet égard. L’avocat de la défenderesse fait valoir que le demandeur a, de façon délibérée, présenté inexactement les faits à la défenderesse afin de continuer à percevoir des prestations d’invalidité. Si la seule conséquence de ce comportement est la perte par le demandeur de son droit aux prestations, ce dernier n’est pas dans une situation plus défavorable que s’il avait dit la vérité au départ, et on ne produit aucun effet dissuasif, un des objectifs des dommages-intérêts punitifs.

On a fait grand cas, dans la jurisprudence qui a été citée à notre cour, du fait que les assureurs sont en position de force vis-à-vis leurs assurés lorsqu’il négocient et

one which places the insureds in positions of dependency and vulnerability. Equally, insurers must not be looked upon as fair game. It is a two-way street founded upon the principle of utmost good faith arising from the very nature of the contract. Thus, it is appropriate that punitive damages be awarded and I do so in the sum of \$20,000.00.

I refrain from any comment on the correctness of this award, but to those who subscribe to “the sting” approach to punitive damages, I pose the question whether an award of \$20,000 against a cheating policy holder in the *Aetna* case has at least as much “sting”, or possibly more, than the award of \$1 million against Pilot in this case.

(2) Was the Claim for Punitive Damages Properly Pleaded?

The respondent says that even if a separate claim arising under the insurance contract *could* provide the basis for punitive damages, none was pleaded in this case.

In other words, while “punitive and exemplary damages” are explicitly requested in para. 13 of the statement of claim, the material facts necessary for the grant of such an award are not spelled out in the body of the pleading. Further, the respondent in its cross-appeal says that even if the plaintiff has established an “independent actionable wrong”, she failed to prove any separate and distinct damage flowing from it. The appellant thus failed, Pilot says, to meet the *Vorvis* requirements and her claim for punitive damages ought to have been dismissed.

There is some case law that says a claim for punitive damages need not be specifically pleaded as it is included conceptually in a claim for general damages: *Edwards v. Harris-Intertype (Canada) Ltd.* (1983), 40 O.R. (2d) 558 (H.C.), aff’d (1984), 9 D.L.R. (4th) 319 (Ont. C.A.); *Grenn v. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (Ont. C.A.), *Starkman v. Delhi Court Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 152 (Ont. H.C.), aff’d (1961), 28 D.L.R. (2d) 269 (Ont. C.A.); *Gastebled v. Stuyck* (1973), 12 C.P.R.

que cette position favorable rend les assurés dépendants et vulnérables. Il ne s’ensuit pas pour autant qu’il est de bonne guerre de duper les assureurs. De par sa nature même, ce contrat implique une réciprocité fondée sur la bonne foi la plus absolue. Il convient donc d’accorder des dommages-intérêts punitifs, que j’établis à 20 000 \$.

Je m’abstiendrai de tout commentaire sur la justesse de la somme accordée, mais à ceux qui croient que les dommages-intérêts doivent « faire mal » je demanderai si la condamnation de l’assuré fraudeur à des dommages-intérêts punitifs de 20 000 \$ dans l’affaire *Aetna* ne fait pas tout aussi mal, sinon davantage, que celle de Pilot au paiement de un million de dollars en l’espèce.

(2) Les dommages-intérêts punitifs ont-ils été demandés régulièrement dans les actes de procédure?

Selon l’intimée, même si une demande distincte découlant du contrat d’assurance *pouvait* fonder l’attribution de dommages-intérêts punitifs, aucune demande de la sorte n’a été présentée en l’espèce.

Autrement dit, bien que des « dommages-intérêts punitifs et exemplaires » soient explicitement demandés au par. 13 de la déclaration, l’acte de procédure n’expose pas les faits matériels justifiant de faire droit à cette conclusion. Dans son pourvoi incident, l’intimée soutient en outre que, même si la demanderesse a établi l’existence d’une [TRADUCTION] « faute indépendante donnant ouverture à action », elle n’a pas prouvé qu’un préjudice distinct en découlait. L’appelante n’a donc pas, d’affirmer Pilot, satisfait aux exigences énoncées dans l’arrêt *Vorvis* et sa demande de dommages-intérêts punitifs aurait dû être rejetée.

Dans certaines décisions, on affirme qu’il n’est pas nécessaire de faire expressément état des dommages-intérêts punitifs, puisqu’ils sont conceptuellement compris dans la demande de dommages-intérêts généraux : *Edwards c. Harris-Intertype (Canada) Ltd.* (1983), 40 O.R. (2d) 558 (H.C.), conf. par (1984), 9 D.L.R. (4th) 319 (C.A. Ont.); *Grenn c. Brampton Poultry Co.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 9 (C.A. Ont.); *Starkman c. Delhi Court Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 152 (H.C. Ont.), conf. par

84

85

86

(2d) 102 (F.C.T.D.), aff'd (1974), 15 C.P.R. (2d) 137 (F.C.A.); *Paragon Properties Ltd. v. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (Alta. S.C., App. Div.). In my view, the suggestion that no pleading is necessary overlooks the basic proposition in our justice system that before someone is *punished* they ought to have advance notice of the charge sufficient to allow them to consider the scope of their jeopardy as well as the opportunity to respond to it. This can only be assured if the claim for punitive damages, as opposed to compensatory damages, is not buried in a general reference to general damages. This principle, which is really no more than a rule of fairness, is made explicit in the civil rules of some of our trial courts. For example, in Saskatchewan the *Queen's Bench Rules* require that claims for punitive damages be expressly pleaded and specify the misconduct which is claimed to give rise to such damages (*Rieger v. Burgess*, [1988] 4 W.W.R. 577 (Sask. C.A.); *Lauscher v. Berryere* (1999), 172 D.L.R. (4th) 439 (Sask. C.A.)). Rule 25.06(9) of the *Ontario Rules of Civil Procedure* also has the effect of requiring that punitive damages claims be expressly pleaded. It is quite usual, of course, for the complexion of a case to evolve over time, but a pleading can always be amended on terms during the proceedings, depending on the existence and extent of prejudice not compensable in costs, and the justice of the case.

(1961), 28 D.L.R. (2d) 269 (C.A. Ont.); *Gastbled c. Stuyck* (1973), 12 C.P.R. (2d) 102 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par (1974), 15 C.P.R. (2d) 137 (C.A.F.); *Paragon Properties Ltd. c. Magna Investments Ltd.* (1972), 24 D.L.R. (3d) 156 (C.S. Alb., div. app.). À mon avis, l'affirmation selon laquelle aucune allégation n'est nécessaire à cet égard ne tient pas compte du principe fondamental de notre système de justice voulant que quiconque s'expose à une *punition* doit être informé suffisamment à l'avance de ce qu'on lui reproche afin de pouvoir apprécier l'ampleur du risque qu'il court et d'avoir la possibilité de répliquer. Cela ne peut se faire que si la demande de dommages-intérêts punitifs, par opposition à la demande de dommages-intérêts compensatoires, n'est pas incluse dans une vague mention des dommages-intérêts généraux. Ce principe, qui n'est en fait rien de plus qu'une règle d'équité, est énoncé dans les règles de procédure civile de certains tribunaux de première instance. Par exemple, les *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan exigent que les dommages-intérêts punitifs soient expressément demandés et qu'on précise la conduite répréhensible qui, prétend-on, y donnerait ouverture (*Rieger c. Burgess*, [1988] 4 W.W.R. 577 (C.A. Sask.); *Lauscher c. Berryere* (1999), 172 D.L.R. (4th) 439 (C.A. Sask.)). Le paragraphe 25.06(9) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario a également pour effet d'exiger du plaideur qui entend réclamer des dommages-intérêts punitifs qu'il les demande expressément dans son acte de procédure. Il va de soi qu'il arrive fréquemment qu'une affaire évolue, mais il est toujours possible, à certaines conditions, de modifier un acte de procédure en cours d'instance, s'il existe un préjudice important non susceptible d'indemnisation par l'attribution de dépens et si les fins de la justice le requièrent.

87

One of the purposes of a statement of claim is to alert the defendant to the case it has to meet, and if at the end of the day the defendant is surprised by an award against it that is a multiple of what it thought was the amount in issue, there is an obvious unfairness. Moreover, the facts said to justify punitive damages should be pleaded with some particularity. The time-honoured adjectives describing conduct as "harsh, vindictive, reprehensible and malicious"

La déclaration a notamment pour objet d'informer le défendeur des conclusions recherchées contre lui, et il serait manifestement inéquitable qu'à l'issue de l'instance il ait la surprise de se voir condamné à une somme plusieurs fois supérieure à celle qui, selon lui, était en litige. Il faut en outre que les faits invoqués pour justifier les dommages-intérêts punitifs soient exposés avec assez de précision. Quoiqu'ils expriment bien l'essence de la réparation

(*per* McIntyre J. in *Vorvis*, *supra*, p. 1108) or their pejorative equivalent, however apt to capture the essence of the remedy, are conclusory rather than explanatory.

Whether or not a defendant has in fact been taken by surprise by a weak or defective pleading will have to be decided in the circumstances of a particular case.

In this case, the plaintiff specifically asked for punitive damages in her statement of claim and if the respondent was in any doubt about the facts giving rise to the claim, it ought to have applied for particulars and, in my opinion, it would have been entitled to them.

However, the respondent did not apply for particulars, and I think there is sufficient detail in the statement of claim to show that its failure to do so was not a self-inflicted injustice. There was no surprise except perhaps as to the quantum, which resulted in an amendment of the statement of claim at trial. Quite apart from the advance notice that she was seeking punitive damages (para. 1(e)), the appellant specifically pleaded the basis for the independent “actionable wrong” in para. 10:

10. The Plaintiff pleads an implied term of the insurance contract was a covenant of good faith and fair dealings which required the Defendant, Pilot Insurance Company to deal fairly and in good faith in handling the claim of the Plaintiff.

The appellant also pleaded that Pilot’s manner of dealing with her claim had created “hardship” of which “the Defendants, through their agents and employees always had direct and ongoing knowledge” (para. 8). In para. 14 she pleaded that “as a result of the actions of the Defendants, the Plaintiff has suffered and continues to suffer great emotional stress” (although there was no claim for aggravated damages). The respondent specifically

recherchée, les adjectifs consacrés qui décrivent un comportement comme étant « dur, vengeur, répréhensible et malicieux » (*Vorvis*, précité, p. 1108, le juge McIntyre), ou des termes péjoratifs équivalents, tendent davantage à qualifier le comportement qu’à le décrire.

La question de savoir si, dans les faits, un défendeur a été pris par surprise par un acte de procédure insuffisant ou défectueux est décidée selon les circonstances propres à chaque espèce.

En l’occurrence, la demanderesse a expressément demandé des dommages-intérêts punitifs dans sa déclaration et si l’intimée entretenait le moindre doute au sujet des faits qui fondaient les conclusions de la demanderesse, elle pouvait demander des précisions auxquelles, selon moi, elle aurait eu droit.

Toutefois, l’intimée n’a pas demandé de précisions, et je crois que la déclaration renferme suffisamment de précisions pour indiquer que cette omission n’est pas une injustice qu’elle s’est infligée à elle-même. Il n’y a pas eu de surprise sauf, peut-être, en ce qui concerne le quantum, ce qui a entraîné la modification de la déclaration au procès. Indépendamment du fait que, dans sa déclaration (au par. 1(e)), l’appelante avisait l’intimée qu’elle demandait des dommages-intérêts punitifs, elle y précisait également, au par. 10, le fondement de son allégation relative à l’existence d’une [TRADUCTION] « [faute indépendante] donnant ouverture à action » :

[TRADUCTION] 10. La partie demanderesse plaide que le contrat d’assurance comportait une stipulation implicite obligeant la partie défenderesse, Pilot Insurance Company, à agir de bonne foi et de manière équitable dans le règlement de la demande d’indemnité de la partie demanderesse.

L’appelante a également prétendu que la façon dont Pilot a traité sa demande d’indemnité lui avait créé des [TRADUCTION] « difficultés » dont « les défendeurs, par le truchement de leurs mandataires et préposés, étaient directement et continuellement informés » (par. 8). Au paragraphe 14, elle a allégué ceci : [TRADUCTION] « les actions des défendeurs ont causé et continuent de causer à la demanderesse un stress émotif énorme » (bien qu’elle n’ait pas

88

89

90

91

denied acting in bad faith (Statement of Defence and Counterclaim of the Defendant, at para. 6). The statement of claim was somewhat deficient in failing to relate the plea for punitive damages to the precise facts said to give rise to the outrage, but Pilot was content to go to trial on this pleading and I do not think it should be heard to complain about it at this late date.

92

As to the respondent's objection that the pleading does not allege separate and distinct damages flowing from the independent actionable wrong, the respondent's argument overlooks the fact that punitive damages are directed to the quality of the defendant's conduct, not the quantity (if any) of the plaintiff's loss. As Cory J. observed in *Hill, supra*, at para. 196, "[p]unitive damages bear no relation to what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff, but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant". In any event, there is a good deal of evidence of emotional stress and financial cost over and above the loss that would have been incurred had the claim been settled in good faith within a reasonable time.

(3) Was the Jury Charge Adequate?

93

The respondent argues that the trial judge did not give the jury adequate guidance on how to assess punitive damages. There is considerable merit in this submission. The judge's charge on this point was skeletal. It is my view, for the reasons already discussed, that the charge on punitive damages should not be given almost as an afterthought but should be understood as an important source of control and discipline. The jurors should not be left to guess what their role and function is.

94

To this end, not only should the pleadings of punitive damages be more rigorous in the future

demandé de dommages-intérêts majorés). L'intimée a expressément nié avoir fait preuve de mauvaise foi (Défense et demande reconventionnelle de la partie défenderesse, par. 6). La déclaration était jusqu'à un certain point défectueuse en ce qu'elle ne rattachait pas la demande de dommages-intérêts punitifs aux faits précis censés en être à l'origine, mais Pilot s'en est satisfaite pour lier contestation et je ne crois pas qu'elle soit recevable à se plaindre à une date aussi tardive.

Par ailleurs, quand l'intimée objecte que la déclaration ne fait pas état de dommages distincts découlant de la faute indépendante donnant ouverture à action, elle oublie que les dommages-intérêts punitifs sont liés à la nature de la conduite du défendeur et non à l'ampleur de la perte (si perte il y a) du demandeur. Comme l'a signalé le juge Cory dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 196, « [L]es dommages-intérêts punitifs n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur ». Quoiqu'il en soit, il ne manque pas d'éléments de preuve indiquant que l'appelante a souffert — émotivement et financièrement — bien plus qu'elle ne l'aurait fait si Pilot avait réglé la demande d'indemnité de bonne foi et dans un délai raisonnable.

(3) L'exposé au jury était-il adéquat?

L'intimée soutient que le juge de première instance n'a pas donné au jury suffisamment d'indications sur la façon d'établir les dommages-intérêts punitifs. Cet argument a une valeur considérable. L'exposé du juge sur cette question était sommaire. Je suis d'avis, pour les raisons exposées précédemment, que les directives sur la question des dommages-intérêts punitifs ne doivent pas être traitées pratiquement comme un aspect accessoire, mais elles doivent plutôt être considérées comme une importante mesure de modération et de discipline. Il ne faut pas que les jurés aient à deviner ce qu'on attend d'eux.

Pour cela, non seulement les plaideurs devront-ils rédiger avec plus de rigueur leurs prétentions au

than in the past (see para. 87 above), but it would be helpful if the trial judge's charge to the jury included words to convey an understanding of the following points, even at the risk of some repetition for emphasis. (1) Punitive damages are very much the exception rather than the rule, (2) imposed *only* if there has been high-handed, malicious, arbitrary or highly reprehensible misconduct that departs to a marked degree from ordinary standards of decent behaviour. (3) Where they are awarded, punitive damages should be assessed in an amount reasonably proportionate to such factors as the harm caused, the degree of the misconduct, the relative vulnerability of the plaintiff and any advantage or profit gained by the defendant, (4) having regard to any other fines or penalties suffered by the defendant for the misconduct in question. (5) Punitive damages are generally given only where the misconduct would otherwise be unpunished or where other penalties are or are likely to be inadequate to achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation. (6) Their purpose is not to compensate the plaintiff, but (7) to give a defendant his or her just desert (retribution), to deter the defendant and others from similar misconduct in the future (deterrence), and to mark the community's collective condemnation (denunciation) of what has happened. (8) Punitive damages are awarded *only* where compensatory damages, which to some extent are punitive, are insufficient to accomplish these objectives, and (9) they are given in an amount that is no greater than necessary to rationally accomplish their purpose. (10) While normally the state would be the recipient of any fine or penalty for misconduct, the plaintiff will keep punitive damages as a "windfall" in addition to compensatory damages. (11) Judges and juries in our system have usually found that moderate awards of punitive damages, which inevitably carry a stigma in the broader community, are generally sufficient.

These particular expressions are not, of course, obligatory. What is essential in a particular case will be a function of its particular circumstances, the

sujet des dommages-intérêts punitifs dans les actes de procédure (voir le par. 87 ci-dessus), mais il serait également utile que le juge du procès fasse comprendre les points suivants au jury dans son exposé, en se répétant s'il le faut. (1) Les dommages-intérêts punitifs sont vraiment l'exception et non la règle. (2) Ils sont accordés *seulement* si le défendeur a eu une conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite. (3) Lorsqu'ils sont accordés, leur quantum doit être raisonnablement proportionné, eu égard à des facteurs comme le préjudice causé, la gravité de la conduite répréhensible, la vulnérabilité relative du demandeur et les avantages ou bénéfices tirés par le défendeur, (4) ainsi qu'aux autres amendes ou sanctions infligées à ce dernier par suite de la conduite répréhensible en cause. (5) En règle générale, des dommages-intérêts punitifs sont accordés seulement lorsque la conduite répréhensible resterait autrement impunie ou lorsque les autres sanctions ne permettent pas ou ne permettraient probablement pas de réaliser les objectifs de châtement, dissuasion et dénonciation. (6) L'objectif de ces dommages-intérêts n'est pas d'indemniser le demandeur, mais (7) de punir le défendeur comme il le mérite (châtiment), de le décourager — lui et autrui — d'agir ainsi à l'avenir (dissuasion) et d'exprimer la condamnation de l'ensemble de la collectivité à l'égard des événements (dénonciation). (8) Ils sont accordés *seulement* lorsque les dommages-intérêts compensatoires, qui ont dans une certaine mesure un caractère punitif, ne permettent pas de réaliser ces objectifs. (9) Leur quantum ne doit pas dépasser la somme nécessaire pour réaliser rationnellement leur objectif. (10) Bien que l'État soit généralement le bénéficiaire des amendes ou sanctions infligées pour cause de conduite répréhensible, les dommages-intérêts punitifs constituent pour le demandeur un « profit inattendu » qui s'ajoute aux dommages-intérêts compensatoires. (11) Dans notre système de justice, les juges et les jurys estiment que des dommages-intérêts punitifs modérés sont généralement suffisants, puisqu'ils entraînent inévitablement une stigmatisation sociale.

Il n'est évidemment pas impératif de reprendre ces expressions particulières. Les éléments essentiels dans une affaire donnée sont fonction des

need to emphasize the nature, scope and exceptional nature of the remedy, and fairness to both sides.

96

The trial judge should keep in mind that the standard of appellate review applicable to punitive damages ultimately awarded, is that a reasonable jury, properly instructed, could have concluded that an award in that amount, and no less, was rationally required to punish the defendant's misconduct, as discussed below.

97

If counsel can agree on a "bracket" or "range" of an appropriate award, the trial judge should convey these figures to the jury, but at the present time specific figures should not be mentioned in the absence of such agreement (*Hill, supra, per Cory J.*, at paras. 162-63). (This prohibition may have to be reexamined in future, based on further experience.) Counsel should also consider the desirability of asking the trial judge to advise the jury of awards of punitive damages made in comparable circumstances that have been sustained on appeal.

98

The foregoing suggestions are put forward in an effort to be helpful rather than dogmatic. They grow out of the observation in *Hill* that punitive damages are not "at large" (para. 197). Unless punitive damages can be approached rationally they ought not to be awarded at all. To the extent these suggestions are considered useful, they will obviously have to be both modified and elaborated to assist the jury on the facts of a particular case. The point, simply, is that jurors should not be left in any doubt about what they are to do and how they are to go about it.

99

It is evident that I am suggesting a more ample charge on the issue of punitive damages than was

circonstances qui lui sont propres à cette affaire, du besoin de souligner la nature, la portée et le caractère exceptionnel de cette réparation, ainsi que de l'obligation de faire preuve d'équité à l'endroit des deux parties.

Le juge du procès doit se rappeler que la norme de contrôle applicable en cas d'appel d'une décision accordant des dommages-intérêts punitifs consiste à se demander si un jury raisonnable et correctement instruit aurait pu conclure que la somme accordée, et non une somme inférieure, était rationnellement nécessaire pour punir la conduite répréhensible du défendeur, conformément aux explications données plus loin.

Lorsque les avocats peuvent s'entendre sur la « fourchette » des quanta appropriés, le juge de première instance devrait communiquer cette information au jury, mais, présentement, il ne devrait mentionner aucune somme précise s'il n'y a pas d'entente à cet égard : *Hill*, précité, le juge Cory, par. 162-163. (Cette prohibition pourrait devoir être réexaminée dans le futur, selon ce que l'expérience révélera.) Les avocats devraient également se demander s'il est souhaitable de demander au juge de renseigner le jury sur les sommes qui, dans des circonstances comparables, ont été accordées au titre des dommages-intérêts punitifs et qui ont été maintenues en appel.

Les suggestions qui précèdent sont faites dans le but d'assister les tribunaux et non de leur imposer un carcan. Ils découlent de l'observation formulée dans l'arrêt *Hill* et selon laquelle les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généraux. Des dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que si leur attribution a un fondement rationnel. Dans la mesure où les suggestions qui précèdent seront jugées utiles, elles devront évidemment, pour aider le jury, être adaptées et explicitées en fonction des faits particuliers de l'affaire. Bref, il s'agit simplement de veiller à ce que les jurés n'aient pas le moindre doute sur la nature de leur tâche et la façon de s'en acquitter.

Il est évident que je recommande un exposé plus détaillé sur la question des dommages-intérêts puni-

given in this case. Finlayson J.A. said that he was “not entirely happy with the trial judge’s charge to the jury on the issue of punitive damages” (p. 661), and Laskin J.A. agreed that “[t]he trial judge might have given the jury more help than he did” (p. 656). However, both Finlayson and Laskin J.A. agreed that the jury charge covered the essentials, however lightly. This conclusion is reinforced by the fact that no objection was made by either counsel. With some hesitation, I agree with the Court of Appeal, unanimous on this point, that in the circumstances this ground of appeal should be rejected.

(4) Reviewing the Jury Award

(a) *Whether the Award of Punitive Damages in This Case was a Rational Response to the Respondent’s Misconduct*

The applicable standard of review for “rationality” was articulated by Cory J. in *Hill, supra*, at para. 197:

Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court’s estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

The “rationality” test applies both to the question of whether an award of punitive damages should be made at all, as well as to the question of its quantum.

The respondent claims that an insurer is entirely within its rights to thoroughly investigate a claim and exercise caution in evaluating the circumstances. It is not required to accept the initial views of its investigators. It is perfectly entitled to pursue further inquiries. I agree with these points. The problem here is that Pilot embarked on a “train of thought” as early as February 25, 1994 (see para. 7

tifs que celui qui a été fait en l’espèce. En Cour d’appel, le juge Finlayson a déclaré qu’il n’était pas [TRADUCTION] « entièrement satisfait des directives données par le juge de première instance au jury sur la question des dommages-intérêts punitifs » (p. 661), et le juge Laskin a admis que « [l]e juge de première instance aurait pu aider davantage le jury » (p. 656). Toutefois, ils ont tous les deux reconnu que l’exposé avait, bien que superficiellement, traité des divers éléments essentiels. L’absence d’objection de la part des deux avocats renforce cette conclusion. Non sans certaines hésitations, je souscris à l’opinion unanime exprimée par la Cour d’appel sur ce point et selon laquelle ce moyen d’appel doit être écarté dans les circonstances.

(4) Contrôle de la somme accordée par le jury

(a) *L’attribution de dommages-intérêts punitifs en l’espèce était-elle une réponse rationnelle à la conduite répréhensible de l’appelante?*

Dans l’arrêt *Hill*, précité, par. 197, le juge Cory a décrit ainsi la norme de contrôle applicable pour l’appréciation de la « rationalité » :

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d’une latitude et d’une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d’autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu’il était rationnellement nécessaire d’accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

Le critère de la « rationalité » s’applique tant pour statuer sur l’opportunité des dommages-intérêts punitifs que sur leur quantum.

L’intimée prétend qu’un assureur est entièrement fondé à procéder à une enquête approfondie en cas de demande d’indemnité et à faire montre de circonspection dans l’évaluation des circonstances de l’affaire. L’assureur n’est pas tenu d’accepter les opinions initiales de ses enquêteurs et il a parfaitement le droit d’effectuer des enquêtes supplémentaires. Je ne conteste pas ces affirmations. En l’espèce, le

100

101

102

above) that led to the arson trial, with nothing to go on except the fact that its policy holder had money problems.

103

The “train of thought” mentioned in the letter to Pilot from Derek Francis kept going long after the requirements of due diligence or prudent practice had been exhausted. There is a difference between due diligence and wilful tunnel vision. The jury obviously considered this case to be an outrageous example of the latter. In my view, an award of punitive damages (leaving aside the issue of quantum for the moment) was a rational response on the jury’s part to the evidence. It was not an inevitable or unavoidable response, but it was a *rational* response to what the jury had seen and heard. The jury was obviously incensed at the idea that the respondent would get away with paying no more than it ought to have paid after its initial investigation in 1994 (plus costs). It obviously felt that something more was required to demonstrate to Pilot that its bad faith dealing with this loss claim was not a wise or profitable course of action. The award answered a perceived need for retribution, denunciation and deterrence.

104

The intervener, the Insurance Council of Canada, argues that the award of punitive damages will over-deter insurers from reviewing claims with due diligence, thus lead to the payment of unmeritorious claims, and in the end drive up insurance premiums. This would only be true if the respondent’s treatment of the appellant is not an isolated case but is widespread in the industry. If, as I prefer to believe, insurers generally take seriously their duty to act in good faith, it will only be rogue insurers or rogue files that will incur such a financial penalty, and the extra economic cost inflicted by punitive damages will either cause the delinquents to mend their ways or, ultimately, move them on to lines of work

problème tient au fait que, dès le 25 février 1994 (voir le par. 7 ci-dessus), Pilot s’est enfermée dans une « logique » qui a conduit au procès où elle a invoqué l’incendie criminel, sans autre fondement que les difficultés financières de la titulaire de la police.

Pilot a persisté dans cette « logique » — dont Derek Francis a fait mention dans la lettre qu’il a adressée à Pilot — bien au-delà de ce que dictaient la diligence raisonnable ou la prudence. Il existe une différence entre faire preuve de diligence raisonnable et porter délibérément des œillères. De toute évidence, le jury a estimé être en présence d’un exemple inacceptable de la seconde situation. À mon avis, l’attribution de dommages-intérêts punitifs (indépendamment de leur quantum pour l’instant) constituait, eu égard à la preuve, une réponse rationnelle de la part du jury. Il ne s’agissait pas d’une réponse inévitable ou incontournable, mais d’une réponse *rationnelle* compte tenu de ce que le jury avait vu et entendu. Manifestement, le jury était indigné à l’idée que l’intimée puisse s’en tirer en payant uniquement la somme (majorée des dépens) qu’elle aurait eu à verser au terme de son enquête initiale en 1994. Le jury a clairement estimé qu’il fallait faire davantage pour démontrer à Pilot que la mauvaise foi dont elle avait fait preuve en traitant la demande d’indemnité n’était pas une conduite judicieuse ou profitable. La décision du jury répondait à la nécessité qu’il percevait de punir, de dénoncer et de dissuader.

Le Conseil d’assurances du Canada intervenant affirme que l’attribution de dommages-intérêts punitifs aura un effet de dissuasion excessif sur les assureurs, qui se montreront moins diligents dans l’examen des demandes d’indemnité et régleront des demandes non fondées, situation qui fera grimper les primes d’assurance en bout de ligne. Cela ne pourrait se produire que si le traitement réservé à l’appelante par l’intimé n’était pas un cas isolé, mais constituait une pratique généralisée dans ce secteur d’activité. Si, comme je préfère plutôt le croire, les assureurs prennent généralement au sérieux leur obligation d’agir de bonne foi, seulement des assureurs indésirables ou quelques dossiers épars seront

that do not call for a good faith standard of behaviour.

The Ontario Court of Appeal was unanimous that punitive damages in some amount were justified and I agree with that conclusion. This was an exceptional case that justified an exceptional remedy. The respondent's cross-appeal will therefore be dismissed.

We now come to the issue of quantum.

(b) *Whether the Jury's Award of \$1 Million in Punitive Damages Should Be Restored*

In *Hill, supra*, Cory J., while emphasizing the overriding obligation of rationality, also recognized that the jury must be given some leeway to do its job. The issue of punitive damages, after all, is a matter that has been confided in the first instance to their discretion. Thus, to be reversed, their award of punitive damages must be "so inordinately large as obviously to exceed the maximum limit of a reasonable range within which the jury may properly operate" (para. 159). Putting these two notions together, the test is whether a reasonable jury, properly instructed, could have concluded that an award in that amount, and no less, was rationally required to punish the defendant's misconduct.

This test provides an appellate court with supervisory powers over punitive damages that are more interventionist than in the case of other jury awards of general damages, where the courts may only intervene if the award is "so exorbitant or so grossly out of proportion [to the injury] as to shock the court's conscience and sense of justice" (*Hill, supra*, at para. 159; *Walker v. CFTO Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 104 (C.A.)). In the case of punitive damages, the emphasis is on the appellate court's obligation

l'objet d'une telle sanction financière et le coût supplémentaire imposé par les dommages-intérêts punitifs incitera les délinquants à s'amender ou bien les poussera vers des activités où la bonne foi n'est pas la norme de conduite requise.

La Cour d'appel a jugé, à l'unanimité, que des dommages-intérêts punitifs étaient justifiés, et je souscris à cette conclusion. Il s'agissait d'une affaire exceptionnelle justifiant une réparation exceptionnelle. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident de l'intimée.

Je vais maintenant examiner la question du quantum.

(b) *Faut-il rétablir la somme de un million de dollars accordée par le jury au titre des dommages-intérêts punitifs?*

Dans l'arrêt *Hill*, précité, tout en soulignant le caractère primordial de l'obligation de rationalité, le juge Cory a également reconnu qu'il fallait laisser au jury une certaine latitude dans l'accomplissement de son travail. Après tout, la question des dommages-intérêts punitifs n'est-elle pas, en première instance, laissée à son appréciation? En conséquence, pour être justifié d'infirmier sa décision à cet égard, il faut que « le verdict [soit] si extraordinairement élevé qu'il excède de toute évidence la limite maximale d'une échelle raisonnable à l'intérieur de laquelle le jury peut légitimement agir » (par. 159). Si l'on combine ces deux éléments, le critère applicable consiste à se demander si un jury raisonnable, correctement instruit, aurait pu conclure que la somme accordée, et non une somme inférieure, était rationnellement nécessaire pour punir la conduite répréhensible du défendeur.

Ce critère permet aux cours d'appel d'exercer, en matière de dommages-intérêts punitifs, un pouvoir de surveillance plus interventionniste que celui dont elles disposent à l'égard des décisions des jurys relativement aux dommages-intérêts généraux, situations où elles ne peuvent intervenir que si « le verdict est si exorbitant ou si manifestement exagéré par rapport [au préjudice] qu'il choque la conscience de la cour et le sentiment de justice » (*Hill*, précité, par. 159; *Walker c. CFTO Ltd.* (1987), 59

105

106

107

108

to ensure that the award is the product of reason and rationality. The focus is on whether the court's sense of reason is offended rather than on whether its conscience is shocked.

109 If the award of punitive damages, when added to the compensatory damages, produces a total sum that is so "inordinately large" that it exceeds what is "rationally" required to punish the defendant, it will be reduced or set aside on appeal.

110 An award that is higher than required to fulfil its purpose is, by definition, irrational. The more difficult task is to determine what is "inordinate". Here, I think, the Court must come to grips with the issue of proportionality.

111 I earlier referred to proportionality as the key to the permissible quantum of punitive damages. Retribution, denunciation and deterrence are the recognized justification for punitive damages, and the means must be rationally proportionate to the end sought to be achieved. A disproportionate award overshoots its purpose and becomes irrational. A less than proportionate award fails to achieve its purpose. Thus a proper award must look at proportionality in several dimensions, including:

(i) Proportionate to the Blameworthiness of the Defendant's Conduct

112 The more reprehensible the conduct, the higher the *rational* limits to the potential award. The need for denunciation is aggravated where, as in this case, the conduct is persisted in over a lengthy period of time (two years to trial) without any rational justification, and despite the defendant's awareness of the hardship it knew it was inflicting (indeed, the respondent anticipated that the greater the hardship to the appellant, the lower the settlement she would ultimately be forced to accept).

O.R. (2d) 104 (C.A.)). Pour ce qui est des dommages-intérêts punitifs, l'accent est mis sur l'obligation des cours d'appel de vérifier que la somme accordée par le jury est le fruit d'une opération raisonnable et rationnelle. Il s'agit de déterminer si cette somme heurte le sens du raisonnable de la cour et non si elle choque sa conscience.

Si l'addition des dommages-intérêts punitifs aux dommages-intérêts compensatoires produit une somme si « extraordinairement élevé[e] » qu'elle excède celle qui serait « rationnellement » nécessaire pour punir le défendeur, les dommages-intérêts punitifs seront réduits ou annulés en appel.

Une somme plus élevée que nécessaire est, par définition, irrationnelle. La plus grande difficulté consiste à déterminer ce qui est « extraordinaire ». En l'espèce, je pense que la Cour doit se pencher sur la question de la proportionnalité.

J'ai indiqué, plus tôt, que la proportionnalité était la clé permettant d'établir le quantum permissible des dommages-intérêts punitifs. Le châtiement, la dénonciation et la dissuasion sont des justifications acceptées relativement à l'attribution de dommages-intérêts punitifs, et le moyen utilisé doit être rationnellement proportionné au but visé. Une somme excessive n'atteint pas le but visé et devient irrationnelle, alors qu'une somme insuffisante ne réalise pas son objectif. La détermination de la somme appropriée exige donc que l'on aborde la proportionnalité sous plusieurs aspects, dont les suivants.

(i) Somme proportionnée au caractère répréhensible de la conduite du défendeur

Plus la conduite est répréhensible, plus les limites *rationnelles* de la somme susceptible d'être accordée seront élevées. Le besoin de dénoncer est encore plus criant lorsque, comme en l'espèce, la conduite s'est poursuivie pendant une longue période (deux ans jusqu'au procès) sans aucune justification rationnelle, et ce malgré le fait que la défenderesse était consciente des épreuves qu'elle infligeait (d'ailleurs, elle prévoyait que plus l'appellante souffrirait, plus elle règlerait à rabais en bout de ligne).

The level of blameworthiness may be influenced by many factors, but some of the factors noted in a selection of Canadian cases include:

- (1) whether the misconduct was planned and deliberate: *Patenaude v. Roy* (1994), 123 D.L.R. (4th) 78 (Que. C.A.), at p. 91;
- (2) the intent and motive of the defendant: *Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.* (1998), 223 A.R. 24 (C.A.), at para. 77;
- (3) whether the defendant persisted in the outrageous conduct over a lengthy period of time: *Mustaji v. Tjin* (1996), 30 C.C.L.T. (2d) 53 (B.C.C.A.), *Québec (Curateur public) v. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* (1994), 66 Q.A.C. 1, *Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL) (S.C.);
- (4) whether the defendant concealed or attempted to cover up its misconduct: *Gerula v. Flores* (1995), 126 D.L.R. (4th) 506 (Ont. C.A.), at p. 525, *Walker v. D'Arcy Moving & Storage Ltd.* (1999), 117 O.A.C. 367 (C.A.), *United Services Funds (Trustees) v. Hennessey*, [1994] O.J. No. 1391 (QL) (Gen. Div.), at para. 58;
- (5) the defendant's awareness that what he or she was doing was wrong: *Williams v. Motorola Ltd.* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 76 (Ont. C.A.), and *Procor Ltd. v. U.S.W.A.* (1990), 71 O.R. (2d) 410 (H.C.), at p. 433;
- (6) whether the defendant profited from its misconduct: *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65 (C.A.);
- (7) whether the interest violated by the misconduct was known to be deeply personal to the plaintiff (e.g., professional reputation (*Hill, supra*)) or a thing that was irreplaceable (e.g., the mature trees cut down by the real estate developer in *Horseshoe Bay Retirement Society v. S.I.F.*

De nombreux facteurs peuvent influencer sur la gravité du caractère répréhensible. En voici quelques-uns qui ont été mentionnés dans certaines décisions canadiennes publiées dans des recueils de jurisprudence :

- (1) Le fait que la conduite répréhensible ait été préméditée et délibérée : *Patenaude c. Roy* (1994), 123 D.L.R. (4th) 78 (C.A. Qué.), p. 91.
- (2) L'intention et la motivation du défendeur : *Recovery Production Equipment Ltd. c. McKinney Machine Co.* (1998), 223 A.R. 24 (C.A.), par. 77.
- (3) Le caractère prolongé de la conduite inacceptable du défendeur : *Mustaji c. Tjin* (1996), 30 C.C.L.T. (2d) 53 (C.A.C.-B.); *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand* (1994), 66 Q.A.C. 1; *Matusiak c. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council*, [1999] B.C.J. No. 2416 (QL) (C.S.).
- (4) Le fait que le défendeur ait caché sa conduite répréhensible ou tenté de la dissimuler : *Gerula c. Flores* (1995), 126 D.L.R. (4th) 506 (C.A. Ont.), p. 525; *Walker c. D'Arcy Moving & Storage Ltd.* (1999), 117 O.A.C. 367 (C.A.), *United Services Funds (Trustees) c. Hennessey*, [1994] O.J. No. 1391 (QL) (Div. gén.), par. 58.
- (5) Le fait que le défendeur savait ou non que ses actes étaient fautifs : *Williams c. Motorola Ltd.* (1998), 38 C.C.E.L. (2d) 76 (C.A. Ont.); *Procor Ltd. c. U.S.W.A.* (1990), 71 O.R. (2d) 410 (H.C.), p. 433.
- (6) Le fait que le défendeur ait ou non tiré profit de sa conduite répréhensible : *Claiborne Industries Ltd. c. National Bank of Canada* (1989), 69 O.R. (2d) 65 (C.A.).
- (7) Le fait que le défendeur savait que sa conduite répréhensible portait atteinte à un intérêt auquel le demandeur attachait une grande valeur (par exemple sa réputation professionnelle (*Hill, précité*)) ou à un bien irremplaçable (par exemple les arbres matures abattus par un

Development Corp. (1990), 66 D.L.R. (4th) 42 (B.C.S.C.); see also *Kates v. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322 (C.A.). Special interests have included the reproductive capacity of the plaintiff deliberately sterilized by an irreversible surgical procedure while the plaintiff was confined in a provincial mental institution, although no award of punitive damages was made on the facts (*Muir v. Alberta*, [1996] 4 W.W.R. 177 (Alta. Q.B.)); the deliberate publication of an informant's identity (*R. (L.) v. Nyp* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 309 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). In *Weinstein v. Bucar*, [1990] 6 W.W.R. 615 (Man. Q.B.), the defendant shot and killed plaintiffs' three companion and breeding German Shepherds who had merely wandered onto the defendant's property from a neighbouring yard. Here the "property" was sentimental, not replaceable, and, unlike the trees, themselves sentient beings.

(ii) Proportionate to the Degree of Vulnerability of the Plaintiff

114

The financial or other vulnerability of the plaintiff, and the consequent abuse of power by a defendant, is highly relevant where there is a power imbalance. In *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, for example, speaking of a physician who had used his access to drugs to purchase sex from a female patient, McLachlin J. (as she then was) stated, at p. 276:

Society has an abiding interest in ensuring that the power entrusted to physicians by us, both collectively and individually, not be used in corrupt ways . . .

A similar point was made by Laskin J.A. in the present case (at p. 659):

[V]indicating the goal of deterrence is especially important in first party insurance cases. Insurers annually deal

promoteur immobilier sans scrupule dans l'affaire *Horseshoe Bay Retirement Society c. S.I.F. Development Corp.* (1990), 66 D.L.R. (4th) 42 (C.S.C.-B.); voir aussi *Kates c. Hall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322 (C.A.). A été considérée comme faisant partie de ces intérêts comportant une valeur spéciale, la capacité de reproduction d'une demanderesse, qui avait été stérilisée de façon irréversible pendant son internement dans un hôpital psychiatrique provincial, bien que, eu égard aux faits de cette affaire, aucuns dommages-intérêts punitifs n'aient été accordés (*Muir c. Alberta*, [1996] 4 W.W.R. 177 (B.R. Alb.)); la publication délibérée de l'identité d'un informateur (*R. (L.) c. Nyp* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 309 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans l'affaire *Weinstein c. Bucar*, [1990] 6 W.W.R. 615 (B.R. Man.), le défendeur a abattu les chiens de compagnie des demandeurs, trois bergers allemands reproducteurs, qui s'étaient simplement aventurés sur la propriété du défendeur à partir d'une cour voisine. Dans cette affaire, le « bien » possédait une valeur sentimentale et irremplaçable et, contrairement aux arbres, il s'agissait de créatures douées de sensation.

(ii) Somme proportionnée au degré de vulnérabilité du demandeur

La vulnérabilité — financière ou autre — du demandeur et l'abus de pouvoir dont se rend coupable le défendeur en conséquence sont des facteurs très pertinents lorsqu'il y a inégalité de pouvoir. Dans l'arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, par exemple, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) a déclaré ceci, au sujet d'un médecin qui s'était servi de son accès à des médicaments pour obtenir des faveurs sexuelles d'une patiente, à la p. 276 :

La société a un intérêt permanent à ce que la confiance dont nous investissons les médecins, tant collectivement qu'individuellement, ne soit pas employée [. . .] de manière malhonnête.

Le juge Laskin a fait une affirmation semblable dans la présente affaire, à la p. 659 :

[TRADUCTION] Il est particulièrement important de soutenir l'objectif de dissuasion dans les poursuites

with thousands and thousands of claims by their insureds. A significant award was needed to deter Pilot and other insurers from exploiting the vulnerability of insureds, who are entirely dependent on their insurers when disaster strikes.

I add two cautionary notes on the issue of vulnerability. First, this factor militates *against* the award of punitive damages in most commercial situations, particularly where the cause of action is contractual and the problem for the court is to sort out the bargain the parties have made. Most participants enter the marketplace knowing it is fuelled by the aggressive pursuit of self-interest. Here, on the other hand, we are dealing with a homeowner's "peace of mind" contract.

Second, it must be kept in mind that punitive damages are not compensatory. Thus the appellant's pleading of emotional distress in this case is only relevant insofar as it helps to assess the oppressive character of the respondent's conduct. Aggravated damages are the proper vehicle to take into account the additional harm caused to the plaintiff's feelings by reprehensible or outrageous conduct on the part of the defendant. Otherwise there is a danger of "double recovery" for the plaintiff's emotional stress, once under the heading of compensation and secondly under the heading of punishment.

(iii) Proportionate to the Harm or Potential Harm Directed Specifically at the Plaintiff

The jury is not a general ombudsman or roving Royal Commission. There is a limited role for the plaintiff as private attorney general. It would be irrational to provide the plaintiff with an excessive windfall arising out of a defendant's scam of which the plaintiff was but a minor or peripheral victim. On the other hand, malicious and high-handed conduct which could be expected to cause severe

engagées par des assurés contre leur assureur. Les assureurs examinent chaque année des milliers de demandes d'indemnité. La société Pilot devrait être condamnée à une somme considérable au titre des dommages-intérêts punitifs pour la dissuader, ainsi que les autres assureurs, d'exploiter la vulnérabilité des assurés, lesquels sont complètement à la merci des assureurs lorsque survient une catastrophe.

J'ajouterais deux mises en garde sur la question de la vulnérabilité. Premièrement, en contexte commercial, ce facteur milite généralement *contre* l'attribution de dommages-intérêts punitifs, en particulier lorsque la cause d'action est de nature contractuelle et que le tribunal est aux prises avec la difficulté de déterminer quelle est l'entente intervenue entre les parties. La plupart des gens savent fort bien que, dans le monde des affaires, les différents acteurs poursuivent farouchement leur intérêt personnel. En l'espèce, toutefois, nous sommes en présence d'un contrat tendant à assurer la « tranquillité d'esprit » du propriétaire d'une habitation.

Deuxièmement, il ne faut pas oublier que les dommages-intérêts punitifs n'ont pas un caractère compensatoire. Voilà pourquoi les troubles émotionnels allégués par l'appelante en l'espèce n'ont de pertinence que dans la mesure où ils aident à évaluer le caractère oppressif de la conduite de l'intimée. Les dommages-intérêts majorés constituent le moyen approprié pour tenir compte du préjudice moral supplémentaire causé par la conduite répréhensible ou inacceptable d'un défendeur. Autrement, il y aurait un danger de « double recouvrement » sous le chef du stress émotif, d'une part au titre de l'indemnisation et d'autre part au titre de la punition.

(iii) Somme proportionnée au préjudice — réel ou potentiel — infligé au demandeur en particulier

Le jury n'est ni un ombudsman ni une commission d'enquête itinérante, et le demandeur à une action civile ne joue qu'un rôle limité en tant que procureur général privé. Il serait irrationnel qu'un demandeur tire un profit inattendu et excessif de l'escroquerie d'un défendeur dont il n'aurait été qu'une victime mineure ou indirecte. Par ailleurs, la conduite malveillante et abusive d'un défendeur qui

115

116

117

injury to the plaintiff is not necessarily excused because fortuitously it results in little damage.

(iv) Proportionate to the Need for Deterrence

118 The theory is that it takes a large whack to wake up a wealthy and powerful defendant to its responsibilities. The appellant's argument is that the punitive damages award of \$1 million represents less than one half of one percent of Pilot's net worth. This is a factor, but it is a factor of limited importance.

119 A defendant's financial power may become relevant (1) if the defendant chooses to argue financial hardship, or (2) it is *directly* relevant to the defendant's misconduct (e.g., financial power is what enabled the defendant Church of Scientology to sustain such an outrageous campaign for so long against the plaintiff in *Hill, supra*), or (3) other circumstances where it may *rationaly* be concluded that a lesser award against a moneyed defendant would fail to achieve deterrence.

120 Deterrence is an important justification for punitive damages. It would play an even greater role in this case if there had been evidence that what happened on this file were typical of Pilot's conduct towards policyholders. There was no such evidence. The deterrence factor is still important, however, because the egregious misconduct of middle management was known at the time to top management, who took no corrective action.

121 The fact the respondent's assets of \$231 million were mentioned to the jury in this case was unhelpful. Pilot was obviously a substantial corporation. Disclosure of detailed financial information before liability is established may wrongly influence the jury to find liability where none exists (i.e., the subliminal message may be "What's a \$345,000 insurance claim to a \$231 million company?").

aurait par ailleurs pu causer un grave préjudice au demandeur n'est pas nécessairement excusée parce que le hasard a voulu qu'elle ne cause pas beaucoup de dommage.

(iv) Somme proportionnée au besoin de dissuasion

Pour rappeler à un défendeur riche et puissant ses responsabilités, il faut, selon la théorie, frapper encore plus fort. L'argument de l'appelante est que les dommages-intérêts punitifs de un million de dollars représentent moins de 1/2 de 1 pour 100 de la valeur nette de Pilot. Ce facteur est pertinent, mais son importance est limitée.

Les ressources financières d'un défendeur peuvent devenir un facteur pertinent dans les cas suivants : (1) celui-ci invoque des difficultés financières; (2) les ressources financières ont un lien *direct* avec la conduite répréhensible du défendeur (par exemple, c'est ce qui a permis à l'Église de scientologie de soutenir pendant si longtemps sa campagne inacceptable contre le demandeur dans l'affaire *Hill*, précitée); (3) il existe d'autres circonstances permettant rationnellement de conclure que la condamnation d'un riche défendeur à une somme peu élevée n'aurait pas d'effet dissuasif.

La dissuasion est une justification importante en matière de dommages-intérêts punitifs. Elle jouerait un rôle encore plus grand en l'espèce si on avait établi que ce qui s'est produit dans ce dossier était la conduite typique de Pilot à l'endroit des titulaires de police. Aucune preuve à cet effet n'a été produite. La dissuasion demeure toutefois un facteur important, car, à l'époque pertinente, la conduite extrêmement répréhensible des cadres intermédiaires était connue de la haute direction, qui n'a rien fait pour y remédier.

En l'espèce, il n'était pas utile d'informer le jury que l'intimée possédait des actifs de 231 millions de dollars. Pilot était de toute évidence une société d'envergure. Le fait de communiquer des renseignements financiers précis avant que la responsabilité ne soit établie peut amener indûment le jury à conclure à tort à la responsabilité du défendeur (le message subliminal pouvant être « Que représente

Moreover, pre-trial discovery of financial capacity would unnecessarily prolong the pre-trial proceedings and prematurely switch the focus from the plaintiff's claim for compensation to the defendant's capacity to absorb punishment. In any event, the court should hesitate to attribute anthropomorphic qualities to large corporations (i.e., the punishment should "sting").

Where a trial judge is concerned that the claim for punitive damages may affect the fairness of the liability trial, bifurcated proceedings may be appropriate. On the facts of this case, no harm was done by the procedure followed, including the mention of the \$231 million figure.

- (v) Proportionate, Even After Taking Into Account the Other Penalties, Both Civil and Criminal, Which Have Been or Are Likely to Be Inflicted on the Defendant for the Same Misconduct

Compensatory damages also punish. In many cases they will be all the "punishment" required. To the extent a defendant has suffered other retribution, denunciation or deterrence, either civil or criminal, for the misconduct in question, the need for *additional* punishment in the case before the court is lessened and may be eliminated. In Canada, unlike some other common law jurisdictions, such "other" punishment is relevant but it is not necessarily a bar to the award of punitive damages. The prescribed fine, for example, may be disproportionately small to the level of outrage the jury wishes to express. The misconduct in question may be broader than the misconduct proven in evidence in the criminal or regulatory proceeding. The legislative judgment fixing the amount of the potential fine may be based on policy considerations other than pure punishment. The key point is that punitive damages are awarded "if, but only if" *all* other penalties have been taken into account and found to be inadequate to accomplish the objectives of retribution,

une demande d'indemnité de 345 000 \$ pour une société valant 231 millions de dollars? »). Qui plus est, la communication préalable de renseignements sur les ressources financières prolongerait inutilement les procédures antérieures à l'instruction et mettrait prématurément l'accent sur la capacité du défendeur de supporter le coût de la sanction. Quoi qu'il en soit les tribunaux devraient hésiter à attribuer des qualités anthropomorphiques aux grandes sociétés (c.-à-d. en appliquant l'idée que la sanction doit « faire mal »).

Dans les cas où le juge de première instance craint que la demande en dommages-intérêts punitifs puisse nuire à l'instruction équitable de la question de la responsabilité, il pourrait être indiqué d'entendre l'affaire en deux temps. À la lumière des faits de l'espèce, aucun préjudice n'a découlé de la procédure suivie, y compris la mention du chiffre 231 millions de dollars.

- (v) Proportionnalité de la somme, même après avoir tenu compte des autres sanctions, civiles et criminelles, infligées ou susceptibles d'être infligées au défendeur pour la même conduite répréhensible

Les dommages-intérêts compensatoires ont également pour effet de punir. Souvent, ils constitueront la seule « punition » nécessaire. Dans la mesure où un défendeur s'est déjà vu imposer, au civil ou au criminel, d'autres mesures de châtement, de dénonciation ou de dissuasion à l'égard de sa conduite répréhensible, la nécessité d'une sanction *supplémentaire* diminue et peut disparaître. Au Canada, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays de common law, l'existence d'« autres » sanctions est un facteur pertinent, mais celles-ci ne font pas nécessairement obstacle à l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Par exemple, l'amende prévue pourrait être disproportionnellement légère par rapport au degré d'indignation que désire exprimer le jury. La conduite répréhensible en cause pourrait avoir une portée plus grande que celle prouvée dans les poursuites relatives à l'infraction criminelle ou à l'infraction d'ordre réglementaire. Il est possible que le législateur ait fixé le montant sur la base de considérations de politique générale autres que le

122

123

deterrence, and denunciation. The intervener, the Insurance Council of Canada, argues that the discipline of insurance companies should be left to the regulator. Nothing in the appeal record indicates that the Registrar of Insurance (now the Superintendent of Financial Services) took an interest in this case prior to the jury's unexpectedly high award of punitive damages.

(vi) Proportionate to the Advantage Wrongfully Gained by a Defendant from the Misconduct

124

A traditional function of punitive damages is to ensure that the defendant does not treat compensatory damages merely as a licence to get its way irrespective of the legal or other rights of the plaintiff. Thus in *Horseshoe Bay Retirement Society, supra*, a real estate developer cut down mature trees on the plaintiff's property to improve the view from neighbouring lots which it was developing for sale. The defendant appeared to have calculated that enhanced prices for its properties would exceed any "compensation" that it might be required to pay to the plaintiff. Punitive damages of \$100,000 were awarded to reduce the profits and deter "like-minded" developers (p. 50). For a similar case, see *Nantel v. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79 (Ont. H.C.), *per* Galligan J., at p. 87, ". . . the law would say to the rich and powerful, 'Do what you like, you will only have to make good the plaintiff's actual financial loss, which compared to your budget is negligible'". In *Claiborne Industries, supra*, an award of punitive damages was made against the defendant bank in an amount sufficient to ensure that it did not profit from its outrageous conduct (p. 106).

simple fait de punir. Essentiellement, les dommages-intérêts punitifs sont attribués « si, mais seulement si » *toutes* les autres sanctions ont été prises en considération et jugées insuffisantes pour réaliser les objectifs de châtement, de dissuasion et de dénonciation. Le Conseil d'assurances du Canada intervenant a soutenu que c'est à l'organisme de réglementation compétent qu'il appartient de sanctionner les sociétés d'assurance. Rien dans le dossier d'appel n'indique que le Registrar of Insurance (maintenant le surintendant des services financiers) se soit intéressé à l'affaire avant que soit connue la somme étonnamment élevée accordée par le jury au titre des dommages-intérêts punitifs.

(vi) Somme proportionnée aux avantages que le défendeur a injustement tirés de sa conduite répréhensible

L'un des rôles traditionnels des dommages-intérêts punitifs consiste à faire en sorte que le défendeur ne voit pas les dommages-intérêts compensatoires simplement comme des frais à payer pour être autorisé à agir comme bon lui semble, sans égard aux droits d'ordre juridique ou autre du demandeur. C'était le cas dans l'affaire *Horseshoe Bay Retirement Society*, précitée, où un promoteur immobilier avait abattu des arbres matures sur la propriété des demandeurs pour améliorer la vue à partir des lots adjacents qu'il aménageait en vue de les vendre. Le défendeur avait, semble-t-il, calculé que le prix de vente plus élevé de ses lots excéderait toute « compensation » qu'il pourrait être tenu de verser au demandeur. Des dommages-intérêts punitifs de 100 000 \$ ont été accordés afin de réduire les profits et de dissuader d'autres promoteurs [TRADUCTION] « du même acabit » d'agir de la sorte (p. 50). Pour une affaire semblable, voir *Nantel c. Parisien* (1981), 18 C.C.L.T. 79 (H.C. Ont.), où le juge Galligan a dit ceci, à la p. 87 : [TRADUCTION] « . . . la justice se trouverait à dire aux riches et puissants : 'Faites à votre guise, vous n'aurez qu'à dédommager le demandeur de sa perte financière réelle, obligation négligeable par rapport à votre budget' ». Dans l'affaire *Claiborne Industries*, précitée, la banque défenderesse a été condamnée à verser des dommages-intérêts punitifs suffisants pour faire en sorte qu'elle ne tire pas avantage de sa conduite inacceptable (p. 106).

On the other hand, care must be taken not to employ the “wrongful profit” factor irrationally. Thus, in *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.* (1994), 84 F.T.R. 197, the court ordered the defendant to account to the plaintiff for all profits gained by infringing the plaintiff’s patent, with interest, then added \$15 million in punitive damages (without waiting for the profits to be ascertained) because, *per* Cullen J., “[t]he volume of [patented] product sold, although not quantified, must be enormous” and the defendant was “a large corporation with annual sales of 10 billion dollars” (p. 209). The duplicative remedies thus relieved the defendant of the profit twice, once through the accounting remedy and a second time (at least in part) through an award of punitive damages. The trial judge’s approach was reversed on appeal ([1996] 3 F.C. 40).

In the present case, the effort to force the appellant into a disadvantageous settlement having failed, it is not alleged that the respondent profited from its misconduct.

(5) The Usefulness of Ratios

The respondent and its supporting interveners suggest that an award of \$1 million in punitive damages is out of line because compensatory damages were ultimately assessed only at about \$345,000. The result, they argue, is an improper ratio. It is apparent from what has already been said, however, that proportionality is a much broader concept than the simple relationship between punitive damages and compensatory damages. That relationship, moreover, is not even the most relevant because it puts the focus on the plaintiff’s loss rather than where it should be, on the defendant’s misconduct. If a ratio is to be used what should the ratio measure? The fact that compensatory damages are quantified in dollars and cents is temptingly useful, but wholly inadequate, for example, in a case where outrageous misconduct has fortuitously (and

125
Il faut toutefois prendre soin de ne pas appliquer de façon irrationnelle le facteur des « profits injustement obtenus ». Ainsi, dans l’affaire *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.* (1994), 84 F.T.R. 197, le tribunal a ordonné à la défenderesse de rendre compte à la demanderesse de tous les profits que lui avait rapportés la contrefaçon du brevet de cette dernière, majorés des intérêts, puis il a ajouté des dommages-intérêts punitifs de 15 millions de dollars (sans attendre la détermination du montant des profits) parce que, d’affirmer le juge Cullen, « [l]e chiffre de ventes du produit [breveté], même s’il n’a pas été quantifié, doit être énorme » et que la défenderesse était une « grande entreprise dont le chiffre d’affaire annuel atteignait 10 milliards de dollars » (p. 209). Par cette double réparation, la défenderesse s’est vue retirer deux fois les profits, une première fois par la reddition de compte et une seconde (du moins en partie) par sa condamnation au paiement des dommages-intérêts punitifs. La Cour d’appel a infirmé la décision du juge de première instance ([1996] 3 C.F. 40).

126
En l’espèce, les efforts déployés en vue de contraindre l’appelante à accepter un règlement désavantageux ayant échoué, il n’a pas été allégué que l’intimée avait tiré profit de sa conduite répréhensible.

(5) L’utilité des ratios

127
L’intimée et l’intervenant appuyant sa cause soutiennent que la somme de un million de dollars accordée au titre des dommages-intérêts punitifs est disproportionnée parce que les dommages-intérêts compensatoires ont finalement été évalués à environ 345 000 \$. Le ratio qui en résulte, affirment-ils, est inapproprié. Cependant, il ressort clairement de ce qui a été dit jusqu’ici que la proportionnalité est une notion beaucoup plus complexe que le simple rapport entre dommages-intérêts punitifs et dommages-intérêts compensatoires. En outre, ce rapport ne constitue même pas l’élément le plus important, puisqu’il fait porter l’accent sur la perte subie par le demandeur plutôt que sur l’aspect auquel il devrait s’attacher, c’est-à-dire la conduite répréhensible du défendeur. S’il faut utiliser un ratio, que doit-il mesurer? En raison du fait que les dommages-

fortunately) resulted in a small financial loss. Potential, as well as actual, harm is a reasonable measure of misconduct, and so are the other factors, already mentioned, such as motive, planning, vulnerability, abuse of dominance, other fines or penalties, and so on. None of these features are captured by the ratio of punitive damages to compensatory damages. Adoption of such a ratio, while easy to supervise, would do a disservice to the unavoidable complexity of the analysis. It would in fact undermine the nuanced principles on which the concept of punitive damages has been justified. There is no doubt at all that evaluation of outrageous conduct in terms of dollars and cents is a difficult and imprecise task, but so is evaluating the worth of a cracked skull, a lost business opportunity or a shattered reputation. Yet all these things are done every day in the courts in the calculation of compensatory damages without resort to formulae or arbitrary rules such as ratios.

(6) Conclusion on “Rationality”

128

I would not have awarded \$1 million in punitive damages in this case but in my judgment the award is within the rational limits within which a jury must be allowed to operate. The award was not so disproportionate as to exceed the bounds of rationality. It did not overshoot its purpose. I have already outlined the reasons why I believe this to be the case.

129

The jury followed the “if, but only if” model, i.e., punitive damages should be awarded “if, but only if” the compensatory award is insufficient. The form and order of the questions put to the jury required them first of all to deal with compensation for the loss of the plaintiff’s house (replacement or cash value), its contents, and any increase in her living

intérêts compensatoires sont exprimés en dollars et en cents, leur côté pratique peut rendre leur utilisation tentante. Toutefois, ils sont tout à fait inadéquats dans les cas où, par exemple, la conduite inacceptable s’est (heureusement) soldée par une perte financière minimale. Le préjudice potentiel et le préjudice réel constituent une mesure raisonnable de la conduite répréhensible, tout comme d’autres facteurs déjà mentionnés, notamment la motivation, la préméditation, la vulnérabilité, l’abus de position dominante et les autres amendes ou sanctions imposées. Le ratio entre les dommages-intérêts punitifs et les dommages-intérêts compensatoires ne rend compte d’aucun de ces facteurs et, bien que son application soit aisée à contrôler, son adoption masquerait l’inévitable complexité de l’analyse. De fait, son utilisation ébranlerait les principes nuancés invoqués pour justifier le concept de dommages-intérêts punitifs. Certes, l’évaluation en dollars d’une conduite inacceptable est une tâche difficile et imprécise, mais il en va de même de la détermination de la valeur d’une fracture du crâne, de la perte de possibilités d’affaires ou d’une réputation démolie. Pourtant, les tribunaux se livrent quotidiennement à ces déterminations dans le cadre du calcul des dommages-intérêts compensatoires, sans recourir à des formules ou règles arbitraires comme des ratios.

(6) Conclusion relative à la « rationalité »

Je n’aurais pas accordé des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars en l’espèce, mais j’estime que cette somme respecte les limites rationnelles à l’intérieur desquelles le jury doit être libre d’agir. Cette somme n’est pas disproportionnée au point d’outrepasser les limites de la rationalité. Elle ne dépasse pas l’objectif visé par son attribution. J’ai déjà exposé les motifs qui justifient cette opinion.

Le jury a appliqué le principe « si, mais seulement si », selon lequel des dommages-intérêts punitifs ne doivent être accordés que « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires sont insuffisants. La formulation et l’ordre des questions soumises au jury ont obligé celui-ci à se pencher d’abord sur l’indemnisation au titre

and moving expenses. Only after those matters had been dealt with was the jury instructed to turn their minds to a final question on punitive damages. They were clearly aware that compensatory damages might well be sufficient punishment to avoid a repetition of the offence and a deterrent to others. In this case, the jury obviously concluded that the compensatory damages (\$345,000) were not sufficient for those purposes. It was no more than the respondent had contractually obligated itself to pay under the insurance policy. In this case, the power imbalance was highly relevant. Pilot holds itself out to the public as a sure guide to a “safe harbour”. In its advertising material it refers to itself as “*Your Pilot*” and makes such statements as:

At Pilot Insurance Company, guiding people like you into safe harbours has been our mission for nearly 75 years.

Insurance contracts, as Pilot’s self-description shows, are sold by the insurance industry and purchased by members of the public for peace of mind. The more devastating the loss, the more the insured may be at the financial mercy of the insurer, and the more difficult it may be to challenge a wrongful refusal to pay the claim. Deterrence is required. The obligation of good faith dealing means that the appellant’s peace of mind should have been Pilot’s objective, and her vulnerability ought not to have been aggravated as a negotiating tactic. It is this relationship of reliance and vulnerability that was outrageously exploited by Pilot in this case. The jury, it appears, decided a powerful message of retribution, deterrence and denunciation had to be sent to the respondent and they sent it.

The respondent points out that there is no evidence this case represents a deliberate corporate

de la perte de la maison (valeur de reconstruction ou valeur en espèces), de son contenu et des frais additionnels de subsistance et de logement de l’appelante. Suivant les instructions qu’il avait reçues, ce n’est qu’après avoir examiné ces points que le jury devait aborder la dernière question, soit celle des dommages-intérêts punitifs. Les jurés étaient clairement au fait que les dommages-intérêts compensatoires pourraient fort bien constituer une sanction suffisante pour empêcher la répétition de la conduite répréhensible et dissuader autrui de s’y livrer. De toute évidence, ils ont conclu que, en l’espèce, les dommages-intérêts compensatoires (345 000 \$) ne permettaient pas de réaliser ces objectifs. Cette somme ne dépassait pas celle que l’intimée s’était contractuellement engagée à payer aux termes de la police d’assurance. L’inégalité du rapport de force était un facteur très pertinent dans la présente affaire. Pilot se targue d’être en mesure de guider les gens à [TRADUCTION] « bon port ». Dans sa publicité, l’assureur se décrit comme [TRADUCTION] « *Votre Pilote* » et fait notamment l’affirmation suivante :

[TRADUCTION] Depuis près de 75 ans, la mission de Pilot Insurance Company est de conduire des gens comme vous à bon port.

Comme l’indique le portrait que la société Pilot brosse d’elle-même, la tranquillité d’esprit est l’argument qu’invoquent les assureurs pour vendre leurs contrats d’assurance et la raison qui incite les membres du public à les acheter. Plus la perte est catastrophique, plus l’assuré risque de se trouver financièrement à la merci de l’assureur et plus il peut lui être difficile de contester un refus illégitime de verser l’indemnité demandée. La dissuasion est nécessaire. En raison de l’obligation qu’avait Pilot d’agir de bonne foi, la tranquillité d’esprit de l’appelante aurait dû être l’objectif de Pilot, qui n’aurait pas dû accroître la vulnérabilité de cette dernière comme tactique de négociation. C’est cette situation de dépendance et de vulnérabilité que Pilot a exploitée de façon inacceptable en l’espèce. Le jury a, semble-t-il, décidé qu’un vigoureux message de châtement, de dissuasion et de dénonciation s’imposait, et il a donné ce message.

L’intimée souligne qu’il n’y a aucune preuve que la présente affaire est un exemple de stratégie com-

strategy as opposed to an isolated, mishandled file that ran amok. This is true, but it is also true that Pilot declined to call evidence to explain *why* this file ran amok, and what steps, if any, have been taken to prevent a recurrence.

131 The respondent also argues that at the end of the day, it did not profit financially from its misbehaviour. This may also be true, but if so, that result was not for want of trying. The respondent clearly hoped to starve the appellant into a cheap settlement. Crabbe's letter of June 9, 1994, quoted earlier, suggests as much. That it failed to do so is due in no small part to appellant's counsel who took a hotly contested claim into an eight-week jury trial on behalf of a client who was effectively without resources of her own; and who obviously *could* have been starved into submission but for his firm's intervention on her behalf.

132 While, as stated, I do not consider the "ratio" test to be an appropriate indicator of rationality, the ratio of punitive damages to compensatory damages in the present case would be either a multiple of three (if only the insurance claim of \$345,000 is considered) or a multiple of less than two (if the claim plus the award of solicitor-client costs is thought to be the total compensation). Either way, the ratio is well within what has been considered "rational" in decided cases.

133 The majority opinion of the Ontario Court of Appeal recognized that punitive damages are not "at large" and appellate courts have "much greater scope and discretion on appeal" than they do in the case of general damages (*Hill, supra*, at para. 197). If the court considers the award or its quantum to be irrational, it is its duty to interfere.

134 This was the view taken by the majority judgment of Finlayson J.A. The appellant complains

merciale délibérée, plutôt qu'un cas isolé de dossier mal mené qui a dérapé. C'est exact, mais il est également vrai que Pilot a décidé de ne pas présenter de preuve expliquant *pourquoi* le dossier a dérapé et précisant les mesures, s'il en est, qui ont été prises pour prévenir toute récurrence.

L'intimée fait également valoir qu'elle n'a en définitive tiré aucun avantage financier de sa conduite répréhensible. Il se peut que cela aussi soit vrai, mais, si c'est le cas, ce n'est pas faute d'avoir essayé. De toute évidence, l'intimée espérait, par cette guerre d'usure, amener l'appelante à régler à rabais. C'est en tout cas ce qu'indique la lettre précitée de M. Crabbe, en date du 9 juin 1994. Si elle n'y est pas parvenue, c'est dans une large mesure grâce à l'avocat de l'appelante, qui a pris en charge une demande d'indemnité vigoureusement contestée, qui a donné lieu à un procès devant jury de huit semaines, et ce pour le compte d'une cliente pratiquement sans ressources financières et qui, sans l'intervention de son cabinet, *aurait pu* clairement se faire forcer la main par l'intimée.

Bien que, comme je l'ai dit plus tôt, je ne considère pas que le critère du « ratio » soit un indice de rationalité adéquat, le ratio entre les dommages-intérêts punitifs et les dommages-intérêts compensatoires serait, en l'espèce, égal à trois (si l'on tient compte uniquement de l'indemnité d'assurance de 345 000 \$), ou inférieur à deux (si l'on considère que l'indemnité totale est composée de cette somme majorée des dépens calculés sur la base procureur-client). De l'une ou l'autre façon, le ratio se situe bien à l'intérieur des limites considérées comme « rationnelles » par la jurisprudence.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas des dommages-intérêts « généraux » et que les cours d'appel « disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes » (*Hill*, précité, par. 197) à l'égard des premiers qu'à l'égard des seconds. Si le tribunal estime que la décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou le quantum de ceux-ci est irrationnel, il lui incombe d'intervenir.

C'est l'opinion qu'a exprimée la majorité de la Cour d'appel sous la plume du juge Finlayson.

that Finlayson J.A. applied a standard of “simply too high” (p. 661). It is true that he thought the award was too high, but that observation must be understood in light of other comments made in the course of his reasons. Finlayson J.A. concluded there was “no justification for such a radical departure from precedent” (pp. 661-62), which revealed awards in the range of \$7,500 to \$15,000. In his view, an appropriate figure for quantum requires a “balancing of factors such as those enumerated by Blackmun J.” (p. 667) in *Pacific Mutual Life Insurance, supra*. Finlayson J.A. looked at “the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct” (p. 666) and concluded that “[t]his case does not demonstrate that there was such insidious, pernicious and persistent malice as would justify an award of this magnitude” (p. 666).

With respect to precedent, it must be remembered that the respondent’s trial counsel objected to any range or “bracket” of appropriate figures being given to the jury. Had the jury been given the information, it may have influenced their views. The respondent itself appears to have been unimpressed by the size of prior awards of punitive damages. In its factum, commenting on Crabbe’s letter of June 9, 1994, counsel states, “However, it should also be noted that Mr. Crabbe was clearly attempting to allay Pilot’s concern about the Whiten’s bad faith claim at a time when punitive damage awards against insurers were in the range of \$7,500.00 - \$15,000.00.” Pilot’s concern may have been easy to allay when the expected exposure to punitive damages was only \$15,000.

The respondent objects that, prior to this judgment, the highest previous award in an insurer

L’appelante reproche au juge d’avoir appliqué un critère fondé sur l’idée que les dommages-intérêts étaient [TRADUCTION] « tout simplement trop élevé[s] » (p. 661). Il est vrai qu’il estimait leur quantum trop élevé, mais cette observation doit être interprétée au regard des autres commentaires qu’il a faits dans ses motifs. Le juge Finlayson a conclu [TRADUCTION] « que rien ne justifiait de s’écarter si radicalement des précédents » (p. 661-662), dans lesquels les sommes accordées allaient de 7 500 \$ à 15 000 \$. Selon lui, la détermination de la somme appropriée à accorder au titre des dommages-intérêts punitifs nécessite la « mise en balance de facteurs tels ceux énumérés par le juge Blackmun » (p. 667) dans l’arrêt *Pacific Mutual Life Insurance*, précité. Le juge Finlayson a examiné [TRADUCTION] « l’étendue du caractère répréhensible de la conduite de la défenderesse » (p. 666) et il a conclu ainsi à cet égard : « [l]a présente affaire ne révèle pas la présence d’une malveillance insidieuse, pernicieuse et obstinée au point de justifier une somme aussi considérable » (p. 666).

Relativement aux précédents jurisprudentiels, il faut se rappeler que l’avocat qui représentait l’intimée en première instance s’est opposé à ce qu’on mentionne au jury quelque échelle ou « fourchette » de sommes appropriées. Peut-être de tels renseignements auraient-ils influé sur l’opinion du jury. L’intimée elle-même semble avoir été peu impressionnée par les sommes accordées antérieurement au titre des dommages-intérêts punitifs. Dans le mémoire soumis par son avocat, on peut lire ceci, au sujet de la lettre de M. Crabbe datée du 9 juin 1994 : [TRADUCTION] « Toutefois, il convient également de signaler que M. Crabbe tentait clairement de dissiper les inquiétudes de Pilot au sujet de la prétention de mauvaise foi formulée par les Whiten, à une date où les sommes que des sociétés d’assurance avaient été condamnées à verser au titre des dommages-intérêts punitifs allaient de 7 500 et 15 000 \$. » Il est possible que les inquiétudes de Pilot aient été faciles à dissiper, puisque le risque envisagé au titre des dommages-intérêts punitifs s’élevait seulement à 15 000 \$.

L’intimée oppose que, avant le jugement rendu dans la présente affaire, la somme la plus élevée

135

136

bad faith case was \$50,000. However, prior to the \$800,000 award of punitive damages upheld in *Hill*, *supra*, the highest award in punitive damages in a libel case in Canada was \$50,000: *Westbank Band of Indians v. Tomat*, [1989] B.C.J. No. 1638 (QL) (S.C.). One of the strengths of the jury system is that it keeps the law in touch with evolving realities, including financial realities.

137

Finlayson J.A.'s central point was the need to pay close attention to the "balancing of factors" (p. 667), and in particular, the "reprehensibility of the defendant's conduct" (p. 666). There was evidence to support the view expressed by Finlayson J.A., but there was also evidence to support the contrary view of Laskin J.A., in dissent (at p. 659):

. . . Pilot acted maliciously and vindictively by maintaining a serious accusation of arson for two years in the face of the opinions of an adjuster and several experts it had retained that the fire was accidental. It abused the obvious power imbalance in its relationship with its insured by refusing to pay a claim that it knew or surely should have known was valid, and even by cutting off rental payments on the Whiten's rented cottage. It took advantage of its dominant financial position to try to force the Whitens to compromise or even abandon their claim. Indeed, throughout the nearly two years that the claim was outstanding, Pilot entirely disregarded the Whitens' rights.

138

It seems to me, with respect, that this disagreement among very senior appellate judges turns on precisely the factual issues and inferences that were remitted to the jury for its determination. I would hesitate to characterize the considered opinion of any experienced and learned appellate judge as not only wrong but "irrational".

139

Moreover, the trial judge, who sat through the evidence, went out of his way to comment that the

à laquelle un assureur avait été condamné pour cause de mauvaise foi était 50 000 \$. Toutefois, avant la confirmation de la somme de 800 000 \$ accordée au titre des dommages-intérêts punitifs dans l'arrêt *Hill*, précité, la somme la plus élevée qui avait été versée jusque-là en matière de diffamation se chiffrait à 50 000 \$: *Westbank Band of Indians c. Tomat*, [1989] B.C.J. No. 1638 (QL) (C.S.). L'un des avantages de l'institution du jury est qu'elle permet au droit d'être en prise directe sur la réalité, notamment la réalité économique.

L'aspect central des motifs du juge Finlayson était la nécessité de prêter attention à la [TRADUCTION] « mise en balance des facteurs » (p. 667), en particulier « l'étendue du caractère répréhensible de la conduite de la défenderesse » (p. 666). Il y avait des éléments de preuve étayant cette opinion, mais il y en avait aussi au soutien de l'opinion contraire exprimée en dissidence par le juge Laskin (à la p. 659) :

[TRADUCTION] . . . Pilot a agi de façon malveillante et méchante en maintenant pendant deux ans une grave accusation d'incendie criminel, malgré l'opinion de l'expert en sinistres et des autres experts qu'elle avait engagés selon laquelle l'incendie était accidentel. Elle a abusé du rapport de force manifestement inégal qui caractérisait sa relation avec l'assurée en refusant de régler une demande d'indemnité qu'elle savait ou aurait certainement dû savoir valide, allant même jusqu'à cesser de payer le loyer afférent au chalet loué par les Whitens. Elle s'est servie de sa situation financière dominante pour tenter de forcer les Whitens à accepter un compromis ou même à abandonner leur demande. De fait, pendant les deux années ou presque que la demande d'indemnité est demeurée impayée, Pilot a fait fi des droits des Whitens.

En toute déférence, il me semble que cette divergence d'opinions entre trois juges de cour d'appel très expérimentés porte précisément sur les questions de fait et inférences à en tirer qui ont été laissées à l'appréciation du jury. J'hésiterais à qualifier non seulement d'erronée, mais également d'« irrationnelle », l'opinion mûrement réfléchie de tout juge d'appel éminent et expérimenté.

De plus, le juge de première instance qui a entendu toute la preuve s'est évertué à expliquer

award, while high, was reasonable. It was rational. He then added to Pilot's burden an award of over \$320,000 in solicitor-client costs.

Having accepted with some hesitation the adequacy of the trial judge's instructions to the jury, and there being no convincing demonstration that the jury's subsequent imposition and assessment of punitive damages were irrational, I would affirm the award of punitive damages.

IV. Conclusion

I would allow the appeal and restore the jury award of \$1 million in punitive damages, with costs in this Court on a party-and-party basis.

The respondent's cross-appeal against the award of any punitive damages is dismissed with costs to the appellant, also on a party-and-party basis.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting on the appeal) — This case raises important issues about the proper functions of tort law, the role of punitive damages within it and the control of jury awards. In the end, I respectfully disagree with Binnie J.'s reasons and proposed disposition of the appeal. Although I agree that the bad faith of the Pilot Insurance Company ("Pilot" or "Pilot Insurance") in its handling of the claim, up to and during the trial, amply justifies awarding punitive damages, an award of \$1 million goes well beyond a rational and appropriate use of this kind of remedy, especially in what began as a problem of contract law. The majority of the Court of Appeal for Ontario set the amount of punitive damages at a sum which was consistent with the nature and purpose of punitive damages in the law of torts and had sufficient reasons to interfere with the jury's verdict. I find myself in

que, bien qu'élevée, la somme accordée était raisonnable. Elle était rationnelle. Il a ensuite ajouté au fardeau de Pilot une somme de plus de 320 000 \$ au titre des dépens calculés sur la base procureur-client.

Ayant conclu, non sans certaines hésitations, que les directives du juge de première instance au jury avaient été adéquates et, compte tenu du fait qu'il n'a pas été démontré de façon convaincante que la décision subséquente du jury d'accorder des dommages-intérêts punitifs et le quantum de ceux-ci étaient irrationnels, je confirmerais la somme adjugée à ce titre.

IV. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal et de rétablir la somme de un million de dollars accordée par le jury au titre des dommages-intérêts punitifs, avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel sur la base partie-partie.

Le pourvoi incident de l'intimée contestant l'attribution de toute somme au titre des dommages-intérêts punitifs est rejeté avec dépens en faveur de l'appelante, également sur la base partie-partie.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident quant au pourvoi principal) — Le présent pourvoi soulève d'importantes questions relativement aux fonctions que doit jouer le droit de la responsabilité civile délictuelle, au rôle des dommages-intérêts punitifs dans cette branche du droit et à la révision des sommes accordées par les jurys à ce titre. En toute déférence, je ne peux souscrire aux motifs du juge Binnie et à la solution qu'il propose à l'égard du pourvoi principal. Je reconnais que la mauvaise foi dont la société Pilot Insurance Company (ci-après « Pilot » ou « Pilot Insurance ») a fait preuve dans le traitement de la demande d'indemnité jusqu'au procès et durant celui-ci justifie amplement d'accorder des dommages-intérêts punitifs, mais une somme de un million de dollars dépasse de beaucoup les limites rationnelles et appropriées de ce type de sanction, en particulier dans une affaire qui était initialement un

140

141

142

143

substantial agreement in this respect with Finlayson J.A.'s reasons in the Court of Appeal.

144 In these reasons, I will not attempt a full review of the facts that gave rise to this litigation. My colleague has made a careful review of them and I will refer to them only inasmuch as may be required by some particular aspect of this appeal.

1. Punitive Damages and the Functions of Tort Law

145 In this case, the plaintiff took action in order to claim compensation for a loss of about \$345,000 under a residential and home insurance policy. The plaintiff did not ask for aggravated damages, but sought punitive damages. At the end of the trial, she was awarded the full amount of her actual loss, her costs on a solicitor-client basis and punitive damages amounting to about three times her losses.

146 Tort law fulfills diverse functions. While deterrence and denunciation both still play a role, since it broke away from criminal law in the Middle Ages, in its core function, tort law has been compensatory or corrective. (See A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), at pp. 4-7.)

147 The purpose of this part of our legal system remains to make good the loss suffered, no less, no more:

The general principles underlying our system of damages suggest that a plaintiff should receive full and fair compensation, calculated to place him or her in the same position as he or she would have been had the tort not been committed, in so far as this can be achieved by a monetary award.

problème de droit des contrats. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont fixé les dommages-intérêts punitifs à une somme compatible avec la nature et l'objet de cette sanction en droit de la responsabilité civile délictuelle et ils étaient amplement justifiés de modifier le verdict du jury. À cet égard, je souscris substantiellement aux motifs exposés par le juge Finlayson de la Cour d'appel.

Je n'entends pas, dans les présents motifs, passer en revue tous les faits générateurs du présent litige. Mon collègue les a exposés de façon détaillée et je n'en ferai mention que lorsqu'un aspect particulier du pourvoi l'exigera.

1. Les dommages-intérêts punitifs et les fonctions du droit de la responsabilité civile délictuelle

En l'espèce, la demanderesse a pris action afin d'être indemnisée, en application d'une police d'assurance-habitation, à l'égard d'une perte d'environ 345 000 \$. Elle n'a pas demandé de dommages-intérêts majorés, mais elle a réclamé des dommages-intérêts punitifs. À l'issue du procès, elle a obtenu le montant intégral de la perte réellement subie, ainsi que ses dépens établis sur la base procureur-client et des dommages-intérêts punitifs équivalant à peu près au triple de sa perte.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle remplit diverses fonctions. Bien que la dissuasion et la dénonciation jouent encore un rôle dans cette branche du droit, la fonction principale du droit de la responsabilité civile délictuelle, depuis qu'il s'est détaché du droit pénal au Moyen-Âge, a été l'indemnisation ou la réparation (voir A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (6^e éd. 2001), vol. 1, p. 4-8).

L'objet de cette partie de notre système juridique demeure l'indemnisation des pertes subies et rien d'autre :

Il ressort des principes généraux sous-jacents à notre système d'attribution de dommages-intérêts qu'un demandeur devrait être dédommagé pleinement et équitablement de manière à le mettre dans la situation où il se serait trouvé n'eût été la perpétration du délit civil, pour autant que cela puisse se faire pécuniairement.

(*Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at p. 981, per McLachlin J. (as she then was); see also *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, at para. 70, per Binnie J.)

The award of punitive damages in discussion here leads us far away from this principle. It tends to turn tort law upside down. It transmogrifies what should have remained an incident of a contracts case into the central issue of the dispute. The main purpose of the action becomes the search for punishment, not compensation. Perhaps, at some time in the future, this will be viewed as part of a broad intellectual and social movement of privatization of criminal justice, consonant with the general evolution of society. For the time being, without using *in terrorem* arguments, such an award has a potential to alter significantly what would appear to have been the proper function of tort law.

It would be useless, within the limits of these reasons, to review the controversies surrounding punitive damages. Whatever the doubts raised at times by academic or judicial opinion about their place in the law of torts, Canadian tort law now accepts that a private action in torts may give rise, in the proper cases, to an award of punitive damages. They may even be awarded in a contracts case, provided an independent actionable wrong is made out. (See *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1104; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 79, per Iacobucci J.)

The use of this remedy appears to be flexible. Nevertheless, if necessary, punitive damages must be granted and assessed in such a way that they serve rational purposes and represent a proportionate response to the behaviour of defendants and the harm caused. Also, as can be seen in this case, when

(*Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 981, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour); voir aussi *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, par. 70, le juge Binnie.)

En l'espèce, la somme accordée au titre des dommages-intérêts déroge considérablement à ce principe. Elle tend à bouleverser le droit de la responsabilité civile délictuelle. Elle fait d'un point qui aurait dû demeurer un aspect incident d'une affaire contractuelle la question centrale du litige. La punition, et non plus l'indemnisation, devient l'objet principal de l'action. Peut-être qu'à quelque moment dans le futur un tel changement s'inscrira dans un vaste mouvement social et intellectuel de privatisation du droit criminel, en harmonie avec l'évolution générale de la société. Pour le moment, toutefois, sans vouloir être alarmiste, l'attribution d'une telle somme risque de modifier sensiblement ce qui paraît avoir été jusqu'ici le rôle approprié du droit de la responsabilité civile délictuelle.

Il ne servirait à rien, dans les présents motifs, d'examiner les controverses qui entourent la question des dommages-intérêts punitifs. Malgré les réserves qui ont pu à l'occasion être émises dans la doctrine ou la jurisprudence sur la place de cette sanction en droit de la responsabilité civile délictuelle, le droit canadien en la matière reconnaît maintenant qu'une action privée en responsabilité peut, dans les cas appropriés, entraîner une condamnation au versement de dommages-intérêts punitifs. De tels dommages-intérêts peuvent même être accordés en matière contractuelle, si on établit l'existence d'une faute indépendante donnant ouverture à action. (Voir *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, p. 1104; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 79, le juge Iacobucci.)

Bien que le recours à cette réparation semble admettre une certaine souplesse, lorsque la décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs s'impose, cette décision et la détermination du quantum doivent néanmoins servir des fins rationnelles et constituer une réponse proportionnée à la conduite

148

149

150

the matter comes up before a civil jury, jurors must be instructed properly as to the nature and purposes of punitive damages and the conditions under which they may be awarded.

2. Rationality and Proportionality

151

I agree with Binnie J. on the core principles governing the award of punitive damages. The key considerations remain the rationality and proportionality of the award. The concept of rationality remains grounded in the nature of tort law, its historical development and the functions it is now playing in modern society. First and foremost, the assessment of damages should not lead, in some cases, to a confusion of criminal law and private law principles, given that punitive damages and criminal punishment target primarily the conduct of the respondent or accused and are not primarily concerned with making good the loss or harm suffered by victims. The main concern of punitive damages remains the preservation of public order, and the assuaging of such harm as may have been done to the public good and to the social peace.

152

At a time when the King's writ did not always run throughout the realm, losses or harm to a person or property were made good by punishment or alternative measures, which were usually payment or compensation. For example, in early Anglo-Saxon England, the law knew very few strictly capital crimes. In most cases, two sets of punishment were available. On the one hand, the law allowed for a system of revenge. The victim, when possible, or the kin, would exact retribution on something like an "eye for an eye" principle. On the other hand, it was often seen as undesirable to permit blood feuds to go on endlessly. Thus there emerged a system of compensation by which crimes could be atoned for, by paying a victim or the victim's kin some sum, dependent upon the

des défendeurs et au préjudice qu'elle a causé. De plus, comme on le voit en l'espèce, lorsque cette question est soumise au jury dans une affaire civile, celui-ci doit être adéquatement instruit de la nature et des objectifs des dommages-intérêts punitifs, ainsi que des conditions qui doivent être réunies pour qu'ils puissent être accordés.

2. Rationalité et proportionnalité

Je partage l'opinion du juge Binnie au sujet des principes fondamentaux qui régissent les dommages-intérêts punitifs. Les considérations clés demeurent la rationalité et la proportionnalité de la décision accordant de tels dommages-intérêts. La notion de rationalité tire son fondement de la nature du droit de la responsabilité civile délictuelle, de son évolution historique et des fonctions que remplit ce droit aujourd'hui dans la société moderne. D'abord et avant tout, il ne faudrait pas que, dans certains cas, la détermination du quantum des dommages-intérêts entraîne la confusion des principes du droit criminel et de ceux du droit privé, étant donné que les dommages-intérêts punitifs et les sanctions criminelles s'attachent principalement à la conduite du défendeur ou de l'accusé. L'objectif premier des dommages-intérêts punitifs demeure non pas la réparation de la perte ou du préjudice subi par la victime, mais le maintien de l'ordre et la réparation du tort causé au bien public et à la paix sociale.

À l'époque où la justice du roi ne s'appliquait pas toujours dans l'ensemble du royaume, la réparation en cas de préjudice ou dommages causés, selon le cas, à une personne ou un bien était soit l'infliction d'un châtement soit la condamnation à une sanction substitutive, habituellement le paiement d'une indemnité. À titre d'exemple, pendant la période anglo-saxonne en Angleterre, le droit comptait peu de crimes entraînant uniquement la peine capitale. Dans la plupart des cas, deux types de sanction s'appliquaient. D'une part, le droit prévoyait un régime de vengeance autorisant la victime ou, à défaut, sa famille à exercer des représailles contre l'auteur du tort, en application d'un principe analogue à la loi du talion (« œil pour œil, dent pour dent »). D'autre part,

type of act committed and the class or status of the victim. These sums were even codified and often known as wergeld or blood money. (See C. Hibbert, *The Roots of Evil: A Social History of Crime and Punishment* (1963), at pp. 3-5; W. J. V. Windeyer, *Lectures on Legal History* (2nd ed. rev. 1957), at p. 17.) During the Middle Ages, a clear distinction was drawn between pleas of the Crown which gave rise to a criminal law action and common pleas which were actions for damages. The merger of criminal law and the law of civil responsibility thus came to an end. (See Windeyer, *supra*, at p. 63.) One branch of the law aimed at punishment and preservation of the public; the other sought to make good losses suffered by the victim of some specific tort. Since then, in the common law, tort law has been viewed primarily as a mechanism of compensation. Its underlying organizing structure remains grounded in the principle of corrective justice, although policy concerns may play at times a considerable part in determining the outcome of a particular case, as, for example, in actions based on the tort of negligence. (See, for example, *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80; *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.)

A private tort action usually focusses on undoing the wrong perpetrated by a specific defendant against a particular plaintiff. For this reason, in the law of tort, “[p]roof of negligence in the air, so to speak, will not do” (Pollock, *Torts*, 11th ed., p. 455, quoted in *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), *per* Cardozo C.J.). The liability of the defendant and the right of recovery of the plaintiff do not exist independently. In this respect, an obligation arising out of torts remains as relational as in the law of contracts: “not only must the contractually

comme on considérait généralement peu souhaitable de laisser des vendettas se poursuivre indéfiniment, il s’est élaboré un système d’indemnisation pourvoyant à la réparation des crimes par le versement d’une somme d’argent à la victime ou à sa famille, en fonction du genre d’acte commis et de la classe sociale de la victime ou de son rang. Les sommes à payer étaient même codifiées et souvent appelées wergeld ou prix du sang (voir C. Hibbert, *The Roots of Evil : A Social History of Crime and Punishment* (1963), p. 3-5; W. J. V. Windeyer, *Lectures on Legal History* (2^e éd. rév. 1957), p. 17). Au Moyen-Âge, une distinction claire s’est établie entre les plaids de la Couronne (*pleas of the Crown*), qui donnaient lieu à une action criminelle, et les plaids communs (*common pleas*), qui étaient des actions en dommages-intérêts. C’est ainsi que s’est opérée la séparation du droit criminel et du droit de la responsabilité civile (voir Windeyer, *op. cit.*, p. 63), le premier étant axé sur la répression du crime et la protection du public et le second sur la réparation des pertes subies par la victime d’un délit civil déterminé. Depuis, en common law, la responsabilité civile délictuelle est considérée principalement comme un mécanisme d’indemnisation. Sa structure fondamentale demeure néanmoins fondée sur le principe de la justice réparatrice, bien que des questions de politique générale puissent quelquefois peser assez lourd dans l’issue d’une affaire donnée, par exemple si celle-ci met en cause le délit civil de négligence. (Voir, par exemple, *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80; *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, 2001 CSC 79; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.)

Une action privée en responsabilité civile délictuelle vise ordinairement à réparer le tort causé à un demandeur déterminé par un défendeur donné. Voilà pourquoi, en droit de la responsabilité civile délictuelle, [TRADUCTION] « [d]e simples rumeurs de négligence, si l’on peut dire, ne suffisent pas » (Pollock, *Torts*, 11^e éd., p. 455, cité dans *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), le juge en chef Cardozo). La responsabilité du défendeur et le droit du demandeur à une indemnité n’existent pas de manière indépendante. À cet égard, une

bound defendant perform the promised act, but that performance is owed to a particular plaintiff" (E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), at p. 52).

154

Given the relational nature of the wrong committed by this defendant against the plaintiff, the remedies chosen by the court must remain consistent with this basic characteristic. The defendant must pay damages to the plaintiff in order to undo, inasmuch as can be done, the wrong caused. This principle governs the assessment of the quantum of damages as a rule. Within the limits set by principles of legal policy or by such conditions as specific torts may attach to their recovery, damages should correspond to the amount required to put the plaintiff in the position he or she would have been in, but for the wrong committed by the defendant. This principle of corrective justice will be implemented more easily in situations where a loss is fairly easy to ascertain. In other fields of the law, compensation remains at best an approximation, grounded, as it must often be, on a reasonable guess as to the nature or extent of the impact of a particular wrong. In the case of personal injury, the problem is well known but has defied just about every effort to find clear and logical solutions. Even in such cases, the concern remains the same. If the ultimate goal of perfect justice remains beyond the reach of the courts, tort law seeks to compensate as fully as possible an actual loss caused by a specific defendant to a particular plaintiff.

155

In the development of the principles governing the compensation of economic loss, the analytical methods adopted by the Court since *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, reflect the relational nature of torts at common law. The concern to control recovery through the concepts of proximity and

obligation d'origine délictuelle possède un caractère tout aussi relationnel qu'une obligation contractuelle : [TRADUCTION] « non seulement le défendeur lié par contrat doit-il exécuter l'acte qu'il s'est engagé à accomplir, mais cette exécution est due à un demandeur donné » (E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), p. 52).

Compte tenu de la nature relationnelle de la faute commise par le défendeur à l'endroit du demandeur, les mesures de réparation choisies par les tribunaux doivent être compatibles avec cette caractéristique fondamentale. Le défendeur doit verser des dommages-intérêts au demandeur afin de réparer, dans toute la mesure du possible, le tort qu'il lui a causé. En règle générale, ce principe régit la détermination du quantum des dommages-intérêts. Eu égard aux limites prévues par les principes de politique juridique pertinents ou les conditions applicables au recouvrement de dommages-intérêts pour certains délits civils particuliers, la somme accordée doit correspondre à ce qui est nécessaire pour replacer le demandeur dans la situation où il se serait trouvé, n'eût été la faute du défendeur. Ce principe de justice réparatrice s'applique plus facilement dans les affaires où la perte est relativement facile à quantifier. Dans d'autres domaines du droit, l'indemnisation demeure, au mieux, une approximation fondée le plus souvent sur une estimation raisonnable de la nature ou de l'étendue des conséquences d'une faute donnée. En matière de préjudice corporel, ce problème est bien connu et il continue de défier à peu près tous les efforts déployés pour trouver des solutions claires et logiques. Même dans de tels cas cependant, la préoccupation principale reste la même. Si la justice parfaite reste un idéal hors d'atteinte pour les tribunaux, le droit de la responsabilité civile tend néanmoins à indemniser aussi complètement que possible les pertes réelles causées par un défendeur déterminé à un demandeur donné.

Dans l'élaboration des principes régissant l'indemnisation des pertes économiques, les méthodes analytiques adoptées par la Cour depuis l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, reflètent la nature relationnelle des délits civils en common law. Le souci d'encadrer l'indemnisation

foreseeability signals the importance of this key principle that tort law is not grounded in responsibility at large to society or to indeterminate classes of plaintiffs, but on obligations to compensate adequately victims standing in a close enough relationship with a tortfeasor.

By reason of the relational nature of private tort law, punitive damages do not fit easily into its overall scheme, such as it may be. They are considered at a point in a suit when, in principle, the complainant has suffered a wrong but has been granted compensation as complete as the law allows in order to put him or her back in his or her former position. Hence, punitive damages come on top of everything else and carry no particular price tag. At the same time, an award of punitive damages may reflect broader and different societal concerns. These concerns reflect their position in the law: they are designed to punish, not to compensate. An award of compensatory damages may, in a way, punish the defendant due to the very fact that he or she has been found in breach of some legal duty, that he or she is ordered to indemnify a plaintiff and that he or she has had to go through the inconvenience of a trial and also sometimes the humiliation of adverse publicity attached to legal action. Indeed, by itself, an award of general damages may be punishment enough. It does not mean, though, that an action is primarily punishment: the compensatory nature of the claim remains. Punitive damages differ strikingly from all other damages as the sole reason for awarding them is to punish, as Professor Feldthusen has pointed out. Even aggravated damages differ in this respect from punitive damages (see B. Feldthusen, "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 241).

des pertes en recourant aux concepts du lien étroit et de la prévisibilité fait ressortir l'importance du principe fondamental selon lequel le droit de la responsabilité civile délictuelle ne repose pas sur une responsabilité générale envers la société ou envers des catégories indéterminées de demandeurs, mais sur l'obligation d'indemniser adéquatement les victimes qui établissent un lien suffisamment étroit avec l'auteur du délit.

En raison de cette nature relationnelle du droit de la responsabilité civile délictuelle, il n'est pas aisé d'intégrer les dommages-intérêts punitifs au cadre général de cette branche du droit, quel qu'il soit. La question des dommages-intérêts punitifs est prise en considération à un stade de l'action où, en principe, le plaignant a prouvé avoir subi un tort et a été indemnisé aussi complètement que le droit le permet, en vue de le replacer dans la situation où il se trouvait avant le délit. Les dommages-intérêts punitifs s'ajoutent donc aux autres réparations sans qu'il soit besoin de les rattacher à un chef de réclamation précis. Par ailleurs, ils peuvent refléter des préoccupations sociales différentes et plus larges, lesquelles reflètent à leur tour le rôle de ce type de dommages-intérêts dans le droit, rôle qui consiste à punir et non à indemniser. D'une certaine manière, les dommages-intérêts compensatoires peuvent avoir pour effet de punir le défendeur, du fait qu'il a été jugé coupable d'un manquement à une obligation légale, qu'on lui ordonne d'indemniser le demandeur et qu'il a dû subir les inconvénients d'un procès et, dans certains cas, l'humiliation attachée à la publicité négative qui accompagne une action en justice. De fait, une condamnation à des dommages-intérêts généraux peut en soi constituer une punition suffisante. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'une action en justice agit au premier chef comme une sanction, sa nature compensatoire demeure. Les dommages-intérêts punitifs diffèrent de façon marquée des autres formes de dommages-intérêts en ce que, comme l'a souligné le professeur Feldthusen, leur seule raison d'être est de punir. À cet égard, même les dommages-intérêts majorés se distinguent des dommages-intérêts punitifs (voir B. Feldthusen, « Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages » (1990), 16 *Rev. can. d. comm.* 241).

157

Aggravated damages served the traditional corrective purpose of the common law: to make the plaintiff whole for injuries to interests that are not properly compensable by ordinary damages. Punitive damages target not loss, but conduct. (See *Vorvis*, *supra*, at pp. 1098-99; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196.) The defendant's wrong must then be considered directly and separately in order to assess its severity and, accordingly, the appropriate degree of punishment. The other forms of damages look to the loss of the plaintiff, but punitive damages refer essentially to the degree of culpability of the defendant's action.

158

The difficulties inherent in the nature of punitive damages have given rise to doubts as to their proper place in the law of torts. Some critics have indeed opined that they have no place in the proper structure of tort law, equating it with some form of "palm tree justice". (See *Cassell & Co. v. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), at p. 1087, *per Lord Reid*.) Under the pine trees of this country, as we know, punitive damages have found a place in the law of torts. Nevertheless, as with any legal institution, punitive damages must address some identifiable purpose and concern in order to define their proper role. An overriding objective of general deterrence remains problematic, if punitive damages are to remain a useful incident of tort law. Otherwise, their use may turn some parts of the law of tort into a sort of private criminal law, devoid of all the procedural and evidentiary constraints which have come to be associated with the criminal justice system.

3. The Context of the Award of Punitive Damages

159

At this point, I must turn from principle to some particular facts of this case. I will try to identify

Les dommages-intérêts majorés servent l'objectif réparateur classique de la common law, savoir la réparation intégrale des atteintes qui ont été portées aux intérêts du demandeur et qui ne sont pas compensables adéquatement par des dommages-intérêts ordinaires. Les dommages-intérêts punitifs ne visent pas la perte mais la conduite. (Voir *Vorvis*, précité, p. 1098-1099; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196.) Il faut donc examiner la faute du défendeur directement et séparément, pour en apprécier la gravité et déterminer, en conséquence, la sévérité de la sanction requise. Les autres formes de dommages-intérêts s'attachent à la perte subie par le demandeur, alors que les dommages-intérêts punitifs visent essentiellement l'étendue du caractère répréhensible des actes du défendeur.

Les difficultés inhérentes à la nature des dommages-intérêts punitifs ont fait naître des doutes quant au rôle qui leur revient dans le droit de la responsabilité civile délictuelle. Certains critiques ont d'ailleurs estimé qu'ils n'y avaient pas leur place, les assimilant à une certaine forme de justice primitive. (Voir *Cassell & Co. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), p. 1087, *lord Reid*.) Au Canada, dans notre système de justice moderne, les dommages-intérêts punitifs jouent, on le sait, un rôle dans le droit de la responsabilité civile. Néanmoins, comme toute autre institution juridique, les dommages-intérêts punitifs doivent répondre à une fin et à une préoccupation déterminables, qui permettent de définir le rôle qui leur revient. Le fait d'attribuer à ces dommages-intérêts un objectif central de dissuasion générale pose problème si cette forme de réparation est appelée à rester un élément utile du droit de la responsabilité civile délictuelle, car leur utilisation pourrait transformer certaines parties de ce droit en une sorte de droit criminel privé, qui ne serait pas assorti de toutes les garanties procédurales et exigences en matière de preuve que l'on est venu à associer avec le temps au système de justice pénale.

3. Le contexte de l'attribution des dommages-intérêts punitifs

À ce stade-ci de mes motifs, je dois délaissier l'analyse des principes pour examiner certains

which broad social purpose could be addressed by a large punitive damages award. This case started as litigation based on a home insurance contract. The insured had the misfortune to run across what might be characterized as the insurer from hell. Far from finding peace of mind and receiving a settlement in a fair and diligent manner, the claimant faced obduracy and bad faith. No evidence has been offered, though, that such conduct was a regular incident of Pilot Insurance's way of running its business. It looks more like a rogue file mishandled by an overeager manager, aided and abetted by counsel who seemed to have misunderstood the nature of his duties as an officer of the court and as a member in good standing of the Law Society of Upper Canada. Indeed, what is referred to at para. 16, in the reasons of my colleague, as a concession in respondent's factum that the upper management of the insurer was fully apprised of what was going on in the Whiten file, describes a line of reporting authority. Neither the so-called concession nor the evidence referred to in para. 17 of Pilot's factum establishes that the upper management of the company had acquired actual knowledge of the mishandling of the Whiten claim by its local manager and the lawyer he had retained. In addition, no suggestion has been made that such behaviour is widespread in the insurance industry in Ontario or elsewhere in Canada.

What, then, are the purposes of an award of punitive damages in this context? Once the purposes are determined, what should be a reasonable and proportionate award? Some might think that the prospect of punitive damages could perhaps strike fear into the hearts of cold-blooded bean counters lurking somewhere in the basement of insurance companies' head offices. The terrible swift sword of the law might draw blood from a company used to turning a blind eye to abuses by its middle managers. In the absence of evidence about the flaws of the entrepreneurial culture of Pilot Insurance, the situations or the particular evils rampant in the

faits de l'affaire. Je vais essayer de déterminer quel objectif social général pourrait servir l'attribution d'une somme substantielle au titre des dommages-intérêts punitifs. À l'origine, la présente affaire était un litige fondé sur un contrat d'assurance-habitation. L'assurée a eu la malchance de tomber sur un assureur infernal. Loin de trouver auprès de celui-ci la tranquillité d'esprit et d'obtenir un règlement juste et rapide de sa demande d'indemnité, elle s'est plutôt heurtée à l'entêtement et à la mauvaise foi. Il n'a toutefois été produit aucune preuve indiquant que cette conduite survient régulièrement dans le cours des activités de Pilot. Il semble s'agir davantage d'un dossier isolé mal mené par un gestionnaire trop zélé, secondé par un avocat qui ne paraît pas avoir bien compris la nature des obligations qui lui incombent en qualité d'officier de justice et de membre en règle du Barreau du Haut-Canada. De fait, ce qu'on désigne au par. 16 des motifs de mon collègue comme étant une concession, dans le mémoire de l'intimée, que la haute direction de l'assureur était parfaitement au fait de ce qui se passait dans la réclamation présentée par les Whiten est la description de la filière hiérarchique. Ni cette soi-disant concession ni la preuve évoquée au par. 17 du mémoire de Pilot n'établissent que la haute direction de l'entreprise savait concrètement que la réclamation des Whiten était mal menée par le gestionnaire local de Pilot et par l'avocat retenu par celui-ci. On n'a pas non plus prétendu qu'un tel comportement serait monnaie courante dans le secteur de l'assurance en Ontario ou ailleurs au Canada.

Quelles fins serviraient donc des dommages-intérêts punitifs dans un tel contexte et, une fois ces fins déterminées, quelle serait la somme raisonnable et proportionnée? D'aucuns peuvent penser que la perspective d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs aurait pour effet d'inspirer la crainte aux obsédés du bilan qui pourraient hanter les sous-sols des sièges sociaux des sociétés d'assurance. Le terrible glaive de la justice pourrait s'abattre promptement sur une entreprise habituée de fermer les yeux sur les abus de ses cadres intermédiaires. En l'absence d'éléments de preuve relatifs à quelque faille de

insurance industry, if any, what is left is a desire to punish adequately acts of bad faith and unfair dealing by a manager and counsel of an insurance company. (As my colleague indicates, this remark does not apply to counsel who represented Pilot in the Court of Appeal and in this Court.)

161

In this case, the sole narrow purpose of an award for punitive damages appears to be the punishment of the bad faith of the insurer in the discharge of its duties under what should be a good faith contract on both sides. The insurer must compensate in a timely manner. It has the right, even the duty, to investigate claims, but must do so fairly and diligently. For his or her part, the insured must file his or her claims promptly and assess his or her losses as accurately as he or she can. Given the nature of the contract, bad faith may constitute an actionable wrong and attract the sting of punitive damages. The challenge remains to assess them properly, in a manner consistent with the basic purposes of tort law. In the present appeal, an award of damages must reflect first of all the narrow objective defined by the facts of this case; as well, it must also reflect the relational nature of tort law, although, at times, such an award may be viewed as a deterrent to others. (See *Hill, supra*, at para. 196, *per Cory J.*; *Vorvis, supra*, at p. 1108, *per McIntyre J.*) But the need for general deterrence is far from clear in the present case. The requirement of a proper connection between award and conduct requires a close fit between the amount of the award and the misbehaviour of the respondent. An important consideration remains the nature of the dispute, which arose in the context of a contractual relationship concerning well-defined economic interests and not with respect to moral or dignity interest as in the case of an action for defamation. In addition, concerns about industry practices should mainly be addressed through the appropriate regulatory and penal regimes, rather than through haphazard punitive damages awards. (See Ontario Law Reform

la culture d'entreprise de Pilot ou aux problèmes ou maux particuliers, s'il en est, qui affligeraient le secteur de l'assurance, il ne reste que le désir de punir adéquatement certains actes — mauvaise foi et traitement inéquitable — d'un gestionnaire d'une société d'assurance et d'un avocat représentant celle-ci. (Comme le souligne également mon collègue, cette observation ne s'applique pas à l'avocat qui a représenté Pilot devant la Cour d'appel et devant notre Cour.)

En l'espèce, il semble que les dommages-intérêts punitifs aient pour seule fin, de surcroît restreinte, de punir la mauvaise foi dont l'assureur a fait montre dans l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu d'un contrat requérant la bonne foi réciproque des parties. L'assureur doit indemniser ses assurés dans les meilleurs délais. Il a certes le droit, et même le devoir, de faire enquête sur ces demandes, mais il doit le faire de façon équitable et diligente. L'assuré, quant à lui, doit produire sa demande d'indemnité rapidement et déterminer ses pertes aussi précisément que possible. Compte tenu de la nature du contrat, la mauvaise foi peut constituer une faute donnant ouverture à action et exposer son auteur à la rigueur d'une condamnation au versement de dommages-intérêts punitifs. La difficulté consiste à fixer adéquatement le quantum de tels dommages-intérêts, d'une manière compatible avec les objectifs fondamentaux du droit de la responsabilité civile délictuelle. Dans le présent pourvoi, les dommages-intérêts punitifs doivent avant tout refléter l'objectif limité que circonscrivent les faits particuliers de l'affaire. Il faut également qu'ils reflètent la nature relationnelle du droit de la responsabilité civile délictuelle, bien que, à l'occasion, de tels dommages-intérêts puissent être envisagés comme une mesure de dissuasion générale. (Voir *Hill*, précité, par. 196, le juge Cory; *Vorvis*, précité, p. 1108, le juge McIntyre.) Toutefois, le besoin de dissuasion générale est loin d'être évident en l'espèce. Comme il doit exister un lien suffisant entre la conduite reprochée et les dommages-intérêts, le montant de ceux-ci doit correspondre étroitement à la conduite répréhensible de l'intimée. Une considération importante en l'espèce est la nature du litige, qui a pris naissance dans le contexte de rapports contractuels concernant des intérêts

Commission, *Report on Exemplary Damages* (1991), at p. 37.)

In the case of disputes concerning damage to property or economic interests, the retributive aspect of the law should not play a major role in litigation. Granting an indemnity of about three times the compensation for loss of property under an insurance policy fulfills no rational function. Despite the moral satisfaction we may derive from giving a good whack to an insurance company and some misguided middle managers, the verdict of the jury does not much advance the case of sound and fair management in the insurance industry. The award fails the rationality test because its sole purpose remains to punish adequately bad faith and unfair dealing by employees of Pilot and its counsel. It does not address any widespread practice in the insurance industry. It does not pretend to effect a disgorgement of unfairly acquired profit. The punishment far exceeds whatever property or economic losses may have been caused by the nonperformance of the contract. In such cases, the criterion of proportionality requires that the use of punitive damages remain carefully controlled and that punitive damages should not significantly exceed the amount of damages to property, or economic interests, including aggravated damages, if any are claimed.

4. Control of Awards

While Canadian courts have not imposed formal caps on punitive damages, the discretionary

économiques bien définis et non, comme ce serait le cas dans une action en diffamation, des intérêts d'ordre moral ou ayant trait à la dignité de la personne. De plus, les solutions aux pratiques inquiétantes observées dans un secteur d'activités donné devraient être apportées par le truchement des régimes de réglementation ou régimes pénaux applicables et non en accordant au hasard des dommages-intérêts punitifs. (Voir Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Rapport sur les dommages-intérêts exemplaires* (1991), p. 37.)

La fonction punitive du droit ne devrait pas jouer un rôle important dans les litiges portant sur des dommages causés à des biens ou à des intérêts économiques. L'attribution d'une somme égale au triple environ du montant de l'indemnité accordée pour la perte d'un bien visé par un contrat d'assurance ne remplit aucune fonction rationnelle. Malgré la satisfaction morale susceptible de découler du rappel à l'ordre bien senti qui est donné à une société d'assurance et à quelques cadres intermédiaires malavisés, la décision du jury ne favorise pas vraiment l'application de pratiques de gestion saines et équitables dans le secteur de l'assurance. Cette décision ne satisfait pas au critère de la rationalité, étant donné qu'elle a pour seule fin de punir adéquatement la mauvaise foi et le traitement inéquitable dont se sont rendus coupables des employés de Pilot ainsi que l'avocat de celle-ci. Elle ne corrige aucune pratique répandue dans le secteur de l'assurance, pas plus qu'elle ne tend à la restitution de profits injustement réalisés. La punition excède de beaucoup les pertes économiques ou matérielles susceptibles d'avoir été causées par l'inexécution du contrat. Dans des affaires de ce genre, le critère de la proportionnalité exige que les tribunaux recourent avec circonspection aux dommages-intérêts punitifs et que le quantum de ceux-ci n'excède pas de façon substantielle les dommages-intérêts accordés au titre du préjudice causé aux biens ou aux intérêts économiques, y compris les dommages-intérêts majorés réclamés.

4. Modération du quantum

Bien que les tribunaux canadiens n'aient pas imposé formellement des plafonds à l'égard

162

163

nature of such awards and the difficulties of setting amounts in a rational manner indicate that proper instructions should be given to juries about factors and methods to be used in the difficult task of assessing punitive damages. In my respectful view, that is exactly the concern that the Ontario Court of Appeal attempted to address. Finlayson J.A. not only found that the award was too high, but that it was so high as to be unreasonable and to require interference by the Court of Appeal. The majority adopted a figure which appears reasonable and proportionate. It imposed significant punishment for the bad faith of Pilot without upsetting the proper balance between the compensatory and punitive functions of tort law.

164

Moreover, flexibility and discretion are not the only values at stake in the development of legal rules in the law of damages. Some degree of predictability and consistency should also be factored into situations where the nature of the damages suffered makes it difficult for a jury to determine a proper quantum, as in the case of non-monetary losses and personal injury litigation. In this area, it should be remembered that our Court deemed it necessary to impose formal caps or a "bright line". In the 1978 trilogy *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, at p. 334, the Court set a cap of \$100,000 for damages which were intended as restitution for non-monetary losses after adjustment for inflation; our Court has kept this cap in place ever since. Indeed, in 1995, Sopinka J. wrote that the "trilogy has imposed as a rule of law a legal limit to non-pecuniary damages". (See *ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, at para. 114.) In *Andrews*, *supra*, at p. 261, Dickson J. (as he then was) found that some kind of fair and reasonable limit should be imposed

des dommages-intérêts punitifs, la nature discrétionnaire de la décision d'accorder de tels dommages-intérêts et la difficulté de fixer rationnellement le quantum de ceux-ci indiquent qu'il y a lieu de fournir aux jurys des directives adéquates sur les facteurs et méthodes à utiliser pour s'acquitter de la difficile tâche d'arrêter la somme des dommages-intérêts punitifs. À mon humble avis, c'est exactement ce problème que la Cour d'appel de l'Ontario a cherché à régler. Le juge Finlayson a non seulement décidé que le quantum des dommages-intérêts punitifs était trop élevé, mais qu'il l'était au point d'être déraisonnable et de commander l'intervention de la Cour d'appel. La majorité de la Cour d'appel a arrêté une somme qui paraît raisonnable et proportionnée, et qui sanctionne de façon non négligeable la mauvaise foi de Pilot sans compromettre le juste équilibre entre les fonctions compensatoire et punitive du droit de la responsabilité civile délictuelle.

En outre, la souplesse et le pouvoir discrétionnaire ne sont pas les seuls facteurs pertinents dans l'élaboration des règles applicables en matière de dommages-intérêts. Lorsque, en raison de la nature des dommages subis, il est difficile pour le jury d'établir le quantum approprié, par exemple dans le cas des pertes non pécuniaires et des préjudices corporels, il faut également incorporer un certain degré de prévisibilité et de cohérence à l'analyse. À cet égard, il convient de rappeler que notre Cour a jugé nécessaire d'imposer des plafonds formels ou, si l'on peut dire, une « ligne de démarcation nette ». Dans la trilogie jurisprudentielle de 1978 — *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, p. 334 —, la Cour a imposé un plafond de 100 000 \$, indexé sur l'inflation, à l'égard des dommages-intérêts accordés pour compenser les pertes non pécuniaires. La Cour a maintenu ce plafond depuis. De fait, en 1995, le juge Sopinka a écrit que « la trilogie a fixé, en tant que règle de droit, une limite aux dommages-intérêts non pécuniaires » (voir l'arrêt *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, par. 114). Dans l'affaire *Andrews*, précitée, p. 260-261, le juge

given the difficulty of putting a price on non-pecuniary losses:

[T]he problem here is qualitatively different from that of pecuniary losses. There is no medium of exchange for happiness. There is no market for expectation of life. The monetary evaluation of non-pecuniary losses is a philosophical and policy exercise more than a legal or logical one. The award must be fair and reasonable, fairness being gauged by earlier decisions; but the award must also of necessity be arbitrary or conventional. No money can provide true restitution.

(See also *Arnold, supra*, at p. 331, *per* Spence J.)

In the end, imposing limits on such claims was not viewed as working an injustice on claimants. Setting punitive damages at amounts which do not exceed significantly the real economic loss, where the loss suffered concerns mainly property and economic interests, would leave them in their proper place within the scheme of the law of torts. At the same time, this approach would avoid undermining the structure of the law of torts and its core function.

5. Function of the Jury

In the circumstances of this case, the fact that the award was made by a jury does not make it more immune to appellate review; as appears from the record, the jurors were themselves uncomfortable with the problem of determining the proper quantum of punitive damages. They sought further instructions, but the trial judge left them with the “skeletal instructions” given during the charge. Hence, they ended up with an award which my colleague would not have given, and which he says stands at the outer limits of the reasonable, but within it. The Court of Appeal did only its duty when it reviewed this award. A verdict which breaches the requirements of proportionality and rationality required appellate review.

Dickson (plus tard Juge en chef de notre Cour) a conclu que la difficulté que présentait la détermination des pertes non pécuniaires exigeait l'établissement d'une limite juste et raisonnable :

Mais cette réparation diffère qualitativement de l'indemnisation des pertes pécuniaires. Le bonheur et la vie n'ont pas de prix. L'évaluation monétaire des pertes non pécuniaires est plus un exercice philosophique et social qu'un exercice juridique ou logique. L'indemnité doit être équitable et raisonnable, l'équité étant mesurée à l'aide des décisions antérieures; mais l'indemnité est aussi nécessairement arbitraire ou conventionnelle. Le préjudice n'est pas intégralement réparable en argent.

(Voir également l'arrêt *Arnold*, p. 331, le juge Spence.)

En définitive, on a considéré que la fixation de limites à l'égard de telles réclamations ne constituait pas une injustice à l'endroit des demandeurs. Le fait d'accorder, au titre des dommages-intérêts punitifs, une somme qui n'excède pas de façon substantielle la perte économique réelle, lorsque cette perte vise principalement des biens et des intérêts économiques, conserve à cette forme de dommages-intérêts la place qui lui revient au sein du droit de la responsabilité civile délictuelle. Cette façon de faire permet en outre d'éviter de porter atteinte à la structure de cette branche du droit et à sa fonction essentielle.

5. Le rôle du jury

Dans les circonstances de la présente affaire, le fait que ce soit un jury qui ait accordé les dommages-intérêts punitifs ne soustrait pas cette décision au pouvoir de contrôle des juridictions d'appel. Comme le dossier l'indique, les jurés eux-mêmes éprouaient de la difficulté à déterminer la somme appropriée à accorder au titre des dommages-intérêts punitifs. Ils ont demandé des directives supplémentaires, mais le juge de première instance s'en est tenu aux « directives sommaires » qu'il leur avait données dans son exposé. En conséquence, le jury a abouti à une somme que n'aurait pas accordée mon collègue mais qui, d'affirmer ce dernier, serait en deçà de la limite supérieure acceptable. La Cour d'appel n'a fait que s'acquitter de son devoir en modifiant cette somme. Un verdict qui ne respecte pas les conditions de proportionnalité et de rationalité doit être révisé en appel.

165

166

167

Some problems may arise also from aspects of the practice followed at trial. According to the present Ontario practice, if one counsel objects, the presiding judge will not instruct the jury as to the range of awards save in the case of personal injuries. (*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 118; *Holmested and Watson: Ontario Civil Procedure* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. CJA-242; *Caron v. Chodan Estate* (1992), 58 O.A.C. 173, at p. 175, *per* Arbour J.A. (as she then was); P. G. Vogel, *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 12-20; *Gray v. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.); *Howes v. Crosby* (1984), 45 O.R. (2d) 449 (C.A.).)

168

The problems that occurred in the present case demonstrate that some sort of instruction on the range of punitive damages awards, even without counsel's agreement, would have been useful. Without removing the jury's discretion, it would at least communicate to them some idea of past figures and of guidelines that may be found in appellate or Supreme Court of Canada judgments. They should also be instructed clearly that an award of general damages may also amount to all the punishment that is necessary in a given case. Failing this, and in the absence of a proper application of the rationality and proportionality criteria, problematic awards are bound to happen. Courts should take care that they do not alter the nature of tort law by turning the focus of civil litigation away from compensation of a claim to punishment of defendants.

169

For these reasons, I would dismiss the appeal without costs and the cross-appeal with costs.

Appeal allowed with costs, LEBEL J. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Certaines règles de pratique qui ont été appliquées en l'espèce au procès peuvent également se révéler sources de problèmes. En effet, sauf dans les affaires portant sur des lésions corporelles, conformément à la pratique actuellement suivie en Ontario le juge n'informe pas le jury de la fourchette des sommes déjà accordées au titre des dommages-intérêts si un des avocats s'y oppose. (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 118; *Holmested and Watson: Ontario Civil Procedure* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. CJA-242; *Caron c. Chodan Estate* (1992), 58 O.A.C. 173, p. 175, madame le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour); P. G. Vogel, *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 12-20; *Gray c. Alanco Developments Ltd.*, [1967] 1 O.R. 597 (C.A.); *Howes c. Crosby* (1984), 45 O.R. (2d) 449 (C.A.).)

Les problèmes qui sont survenus dans la présente affaire démontrent qu'il aurait été utile de renseigner les jurys sur la fourchette des sommes déjà accordées au titre des dommages-intérêts punitifs, et ce même si les avocats ne sont pas d'accord pour le faire. Sans avoir pour effet d'enlever aux jurés leur pouvoir discrétionnaire sur la question, de telles directives pourraient à tout le moins les renseigner sur les sommes accordées jusque-là et sur les indications données en la matière dans les arrêts de notre Cour et des cours d'appel. Il faut, en outre, préciser clairement aux jurés que, dans une affaire donnée, des dommages-intérêts généraux peuvent également constituer une sanction suffisante. En l'absence de telles directives et si les critères de rationalité et de proportionnalité sont mal appliqués, des jurys rendront inévitablement des décisions problématiques. Les tribunaux doivent veiller à ce que de telles décisions n'altèrent pas la nature du droit de la responsabilité civile en faisant porter l'accent des actions civiles non plus sur l'indemnisation du préjudice mais sur le châtement des défendeurs.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi principal sans dépens et le pourvoi incident avec dépens.

Pourvoi principal accueilli avec dépens, le juge LEBEL est dissident. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insurance Council of Canada: Davies, Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Ross & McBride, Hamilton.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil d'assurances du Canada : Davies, Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Ontario Trial Lawyers Association : Ross & McBride, Hamilton.

Performance Industries Ltd. and Terrance O'Connor *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. v. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD.

Neutral citation: 2002 SCC 19.

File No.: 27934.

2000: December 14; 2002: February 22.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Equitable remedies — Rectification of contract — Written contract not reflecting prior oral agreement — Whether equitable remedy of rectification available — Whether lack of due diligence a bar to rectification.

Damages — Punitive damages — Written contract not reflecting prior oral agreement owing to fraud of one of parties — Whether trial judge's award of punitive damages should be restored.

The respondent operated an 18-hole golf course. The appellant O entered into negotiations with B, the respondent's principal, for a joint venture. The trial judge found that B and O made an oral agreement, which included an option on the 18th fairway for a specific residential development to be undertaken by B. During the negotiations, B discussed with O photographs and plans of a double row of houses clustered around a *cul-de-sac* along the length of the 18th fairway. When O's lawyer reduced the terms of the oral agreement to writing, the option clause accurately specified the 480-yard length of the proposed development, but instead of sufficient width to permit a double row of houses (approximately 110 yards), the clause as written allowed only enough land for a single row of houses (110 feet).

Performance Industries Ltd. et Terrance O'Connor *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. *Intimée/Appelante au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. c. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD.

Référence neutre : 2002 CSC 19.

N° du greffe : 27934.

2000 : 14 décembre; 2002 : 22 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Contrats — Réparations fondées sur l'équité — Rectification du contrat — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure — Y a-t-il ouverture à la réparation en equity que constitue la rectification? — Le défaut de faire montre de diligence raisonnable fait-il obstacle à la rectification?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts punitifs — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure en raison de la fraude commise par l'une des parties — La décision du juge du procès accordant des dommages-intérêts punitifs doit-elle être rétablie?

L'intimée exploitait un terrain de golf comptant 18 trous. L'appelant O a entamé des négociations en vue d'établir une coentreprise avec B, le propriétaire de l'intimée. Le juge de première instance a estimé que B et O avaient conclu une entente verbale, qui comportait une option visant la construction d'un complexe domiciliaire particulier par B au 18^e trou. Durant les négociations, B a examiné avec O des photographies et des plans du type de complexe qu'il envisageait, à savoir une double rangée de maisons regroupées autour d'un *cul-de-sac* le long du 18^e trou. Après que l'avocat de O a couché par écrit les termes de l'entente verbale, la clause établissant l'option mentionnait de façon précise la longueur de 480 verges du complexe proposé, mais, telle qu'elle avait été rédigée, au lieu

When B sought to exercise the option, O insisted on the written terms, despite knowing that these terms did not accurately reflect the prior oral option agreement. The respondent commenced the present action against the appellants for rectification of the agreement or damages in lieu thereof, punitive damages and solicitor-client costs. The trial judge held that the respondent was entitled to rectification of the option clause, awarding damages in lieu assessed on the basis of the loss of profit on a fully built residential development. Punitive damages were assessed at \$200,000. The Court of Appeal set aside the punitive damages award. In all other respects, the appeal was dismissed.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ.: The necessary preconditions to obtaining the equitable remedy of rectification of the contract are met in this case. First, the respondent has shown the existence and content of the prior oral agreement. There was a definite project in a definite location to which O and B had given their definite assent. Although the parties did not discuss a metes and bounds description, they were working on a defined development proposal. O's numbers (110 x 480) can be accepted, while rejecting the error created by his apparently duplicitous substitution of feet for yards in the write-up of the option clause. Second, it was found that O had fraudulently misrepresented the written document as accurately reflecting the terms of the prior oral contract. Third, the precise terms of rectification are readily ascertained, namely to change the word "feet" in the phrase "one hundred ten (110) feet in width" to "yards". Fourth, there is convincing proof of B's unilateral mistake and O's knowledge of that mistake. B's version of the oral agreement was sufficiently corroborated on significant points by other witnesses and documents. While as an experienced businessman, B ought to have examined the text of the option clause before signing the document, due diligence on the part of the plaintiff is not a (fifth) condition precedent to rectification. Lack of due diligence may be taken into account in the exercise of a discretion to refuse the remedy, but here lack of due

de prévoir une largeur suffisante pour permettre la construction d'une double rangée de maisons (environ 110 verges), elle ne faisait état que d'une largeur suffisante pour une seule rangée de maisons (110 pieds). Lorsque B a voulu lever l'option, O a insisté sur l'application de la convention écrite même s'il savait qu'elle ne reflétait pas fidèlement l'entente verbale antérieure concernant l'option. L'intimée a entamé contre les appelants la présente action, dans laquelle elle sollicitait soit la rectification de la Convention soit des dommages-intérêts en tenant lieu, des dommages-intérêts punitifs et les dépens sur la base procureur-client. Le juge du procès a conclu que l'intimée avait droit à la rectification de la clause relative à l'option, et il a accordé des dommages-intérêts tenant lieu de rectification, établis sur la base de la perte des profits qui auraient été réalisés par la construction complète du complexe domiciliaire. Les dommages-intérêts punitifs ont été fixés à 200 000 \$. La Cour d'appel a annulé la décision accordant les dommages-intérêts punitifs, mais elle a toutefois rejeté l'appel sur tous les autres points.

Arrêt : Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour : Les préalables nécessaires pour donner ouverture à la réparation en equity que constitue la rectification sont réunis en l'espèce. Premièrement, l'intimée a établi l'existence et la teneur de l'entente verbale antérieure. Il existait un projet défini et devant être réalisé à un endroit déterminé, dont O et B avaient convenu précisément. Bien que les parties n'aient pas discuté de la description technique des lieux, elles travaillaient à un projet d'aménagement défini. Il est possible d'accepter les chiffres inscrits par O (110 x 480), tout en écartant l'erreur créée par sa substitution apparemment frauduleuse, relativement à une des dimensions, d'une mesure en pieds à une mesure en verges dans la rédaction de la clause relative à l'option. Deuxièmement, il a été jugé que O avait fait une assertion inexacte et frauduleuse en laissant croire que l'écrit reflétait fidèlement les conditions prévues par l'entente verbale antérieure. Troisièmement, la façon précise par laquelle l'écrit doit être rectifié est facile à déterminer : Il s'agit de remplacer le mot « pieds » par le mot « verges » dans la phrase « cent dix (110) pieds de largeur ». Quatrièmement, il existe une preuve convaincante de l'erreur unilatérale de B et de la connaissance par O de cette erreur. La version donnée par B de l'entente verbale était suffisamment corroborée sur des aspects importants par d'autres témoins ainsi que par des documents. Bell, en tant qu'homme d'affaires expérimenté, aurait dû examiner le texte de la clause

diligence was offset by the finding of fraud against O, and rectification was therefore properly granted.

In the absence of an error of principle, or a factual record that supports the appellants' criticisms, the findings in the courts below on the amount of compensatory damages must stand. Damages for breach of the contract, as rectified, include losses flowing from the special circumstances known to the parties at the time they made their contract.

The award of punitive damages in this case should not be restored as it does not serve a rational purpose. Only in exceptional cases does tort attract punitive damages. An award of punitive damages is rational "if, but only if" compensatory damages do not adequately achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation. In this case, neither the making of a punitive damages award nor the \$200,000 assessment meets the test of rationality.

Per LeBel J.: Subject to the comments on punitive damages in *Whiten*, the majority reasons were agreed with. Rectification of the contract was properly ordered, but punitive damages would fulfill no rational purpose in this case.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; **referred to:** *Hart v. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109; *Downtown King West Development Corp. v. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *First City Capital Ltd. v. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Montreal Trust Co. v. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257; *Alampi v. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11; *Stepps Investments Ltd. v. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351; *Augdome Corp. v. Gray*, [1975] 2 S.C.R. 354; *I.C.R.V. Holdings*

relative à l'option avant de signer le document, mais la diligence raisonnable de la part du demandeur n'est pas un (cinquième) préalable au prononcé d'une ordonnance de rectification. L'absence de diligence raisonnable peut être prise en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser la réparation en question, mais en l'espèce cette omission est contre balancée par la conclusion de fraude prononcée contre O, et la rectification a donc été accordée à bon droit.

En l'absence d'erreur de principe ou d'éléments factuels qui appuieraient les critiques formulées par les appelants, les conclusions des juridictions inférieures sur le montant des dommages-intérêts compensatoires doivent être confirmées. Les dommages-intérêts accordés pour la rupture du contrat rectifié doivent par conséquent inclure les pertes découlant des circonstances particulières connues des parties au moment où elles ont conclu le contrat.

La décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs en l'espèce ne doit pas être rétablie puisqu'elle ne sert aucun objectif rationnel. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un délit civil commande des dommages-intérêts punitifs. Une décision accordant des dommages-intérêts punitifs n'est rationnelle que « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires ne permettent pas de donner effet adéquatement aux objectifs de châtement, de dissuasion et de dénonciation. En l'espèce, ni la décision accordant des dommages-intérêts punitifs ni la somme de 200 000 \$ accordée à ce titre ne satisfont au critère de la rationalité.

Le juge LeBel : Sous réserve des commentaires exposés sur la question des dommages-intérêts punitifs dans l'arrêt *Whiten*, il y a accord avec les motifs de la majorité. C'est à juste titre que la rectification du contrat a été ordonnée, mais des dommages-intérêts punitifs ne serviraient aucune fin rationnelle dans la présente affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; **arrêts mentionnés :** *Hart c. Boutilier* (1916), 56 D.L.R. 620; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109; *Downtown King West Development Corp. c. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *First City Capital Ltd. c. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Montreal Trust Co. c. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257; *Alampi c. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11; *Stepps Investments Ltd. c. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351; *Augdome Corp. c. Gray*, [1975] 2 R.C.S. 354;

Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd. (1994), 53 B.C.A.C. 72; *Gordeyko v. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201; *Kerr v. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662; *Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253; *Rumble v. Heygate* (1870), 18 W.R. 749; *Bloom v. Averbach*, [1927] S.C.R. 615; *Beverly Motel (1972) Ltd. v. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757; *Big Quill Resources Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298; *Prince Albert Credit Union v. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419; *Windjammer Homes Inc. v. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315; *Farah v. Barki*, [1955] S.C.R. 107; *May v. Platt*, [1900] 1 Ch. 616; *Central R. Co. of Venezuela v. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99; *United Services Funds (Trustees of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322; *Dalon v. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89; *Brown & Root Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] S.C.R. 642; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Burrard Drydock Co. v. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] S.C.R. 307; *Corbin v. Thompson* (1907), 39 S.C.R. 575; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *New Horizon Investments Ltd. v. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268; *Kinkel v. Hyman*, [1939] S.C.R. 364; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

By LeBel J.

Referred to: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Spencer Bower, George, and Alexander Kingcome Turner. *The Law of Actionable Misrepresentation*, 3rd ed. London: Butterworths, 1974.

Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2000), 255 A.R. 329, 185 D.L.R. (4th) 269, 6 B.L.R. (3d) 24, [2000] A.J. No. 408 (QL), 2000 ABCA 116, setting aside the punitive damages award but dismissing the appellants' appeal in all other respects from a judgment of the Court of Queen's Bench (1999), 246 A.R. 272, 49 B.L.R. (2d) 284,

I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd. (1994), 53 B.C.A.C. 72; *Gordeyko c. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201; *Kerr c. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662; *Byrnlea Property Investments Ltd. c. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253; *Rumble c. Heygate* (1870), 18 W.R. 749; *Bloom c. Averbach*, [1927] R.C.S. 615; *Beverly Motel (1972) Ltd. c. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757; *Big Quill Resources Inc. c. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298; *Prince Albert Credit Union c. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419; *Windjammer Homes Inc. c. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315; *Farah c. Barki*, [1955] R.C.S. 107; *May c. Platt*, [1900] 1 Ch. 616; *Central R. Co. of Venezuela c. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99; *United Services Funds (Trustees of) c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322; *Dalon c. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89; *Brown & Root Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] R.C.S. 642; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Burrard Drydock Co. c. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] R.C.S. 307; *Corbin c. Thompson* (1907), 39 R.C.S. 575; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *New Horizon Investments Ltd. c. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268; *Kinkel c. Hyman*, [1939] R.C.S. 364; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

Spencer Bower, George, and Alexander Kingcome Turner. *The Law of Actionable Misrepresentation*, 3rd ed. London: Butterworths, 1974.

Waddams, Stephen M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2000), 255 A.R. 329, 185 D.L.R. (4th) 269, 6 B.L.R. (3d) 24, [2000] A.J. No. 408 (QL), 2000 ABCA 116, qui a annulé la décision accordant des dommages-intérêts punitifs mais qui a rejeté, sur tous les autres aspects, l'appel formé par les appelants à l'encontre d'un jugement de la Cour du

[1999] A.J. No. 741 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

David R. Haigh, Q.C., and Brian Beck, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Lowell Westersund and Munaf Mohamed, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

1 BINNIE J. — In this appeal the Court is called on to deal with rectification of a contract for a real estate development dream that turned into a nightmare for the warring partners. Houses were to have been built along the 18th fairway of the Sylvan Lake Golf Course, within commuting distance of Red Deer, Alberta. It did not happen because the parties fell out over the amount of land to be included in the development contract.

2 There was a written contract but the respondent's President did not bother to read it before it was signed. Had he done so, the error in reducing the parties' prior oral agreement to writing would likely have been detected and the development would have gone ahead. The appellants, who rely on the written document, say that a party who fails to exercise due diligence in its business affairs should be refused the equitable remedy of rectification. That is their strongest argument.

3 The principal witness and "directing mind" of the appellant Performance Industries Ltd. ("Performance"), which stands firm on the written document, is Terrance O'Connor. For him, the joint venture ended with his actions being characterized by the trial judge as "fraudulent, dishonest and deceitful" (1999), 246 A.R. 272, at para. 114. The trial judgment made him personally liable (jointly and severally with his company Performance Industries Ltd.) for \$1,047,810, including a

Banc de la Reine (1999), 246 A.R. 272, 49 B.L.R. (2d) 284, [1999] A.J. No. 741 (QL). Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés.

David R. Haigh, c.r., et Brian Beck, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Lowell Westersund et Munaf Mohamed, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à se prononcer sur la rectification d'un contrat envisageant la réalisation d'un rêve d'aménagement immobilier qui s'est transformé en cauchemar pour les associés en conflit. On projetait de construire des maisons le long du 18^e trou du terrain de golf de Sylvan Lake, en périphérie de Red Deer, en Alberta. Le projet ne s'est pas concrétisé en raison de la mésentente survenue entre les parties au sujet de la superficie du terrain visé par le contrat d'aménagement.

Il existait un contrat écrit, mais le président de l'intimée ne s'est pas donné la peine de le lire avant de le signer. S'il l'avait fait, l'erreur qui a été commise lorsqu'on a couché par écrit l'entente verbale intervenue antérieurement entre les parties aurait vraisemblablement été décelée et le projet d'aménagement aurait été réalisé. Les appelants, qui se fondent sur l'écrit, affirment qu'une partie qui a omis de faire montre de diligence raisonnable dans ses opérations commerciales doit être déboutée de sa demande en rectification fondée sur l'équité. Il s'agit de leur argument le plus solide.

Le témoin principal et l'« âme dirigeante » de l'appelante Performance Industries Ltd. (« Performance »), qui s'en tient fermement à l'écrit, est Terrance O'Connor. L'entreprise commune lui a finalement valu de voir ses actions être qualifiées par le juge de première instance de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives » ((1999), 246 A.R. 272, par. 114). Ce dernier l'a condamné personnellement (solidairement avec sa société Performance Industries Ltd.) à verser la somme de

\$200,000 award of punitive damages, plus costs on a solicitor-client basis. He and his company appeal to this Court on various errors of law, few of which were argued before the trial judge.

For his erstwhile partner, Frederick Bell, whose corporate vehicle is Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. (“Sylvan”), his commercial aspirations have been trapped in the courts for seven years. This was because, so the trial judge found, O’Connor swore false affidavits, refused to produce relevant documents, gave false testimony in the course of two separate trials, and did “everything in his power to prevent the truth from coming to light” (para. 115). Bell is now said to be a spent force, “divorced [and lacking] the initiative or drive and determination to proceed with such a development at his present age” (para. 90). Bell obtained a \$200,000 punitive damage award at trial, but this was disallowed by the Alberta Court of Appeal ((2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116). In its cross-appeal, his company, Sylvan, seeks restoration of that award.

Because of the punitive damages issues, this appeal was heard concurrently with *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, judgment which is being released concurrently with this judgment.

In my view, for reasons which differ somewhat from the memorandum of judgment handed down by the Alberta Court of Appeal, the appeal and the cross-appeal should be dismissed both with costs on a party-and-party basis.

I. Facts

Sylvan had operated a 171.53 acre, 18-hole golf course since 1979 under a lease which gave it a right of first refusal in the event the owner decided to sell the land. On November 3, 1989, a purchaser unrelated to O’Connor or Performance offered to

1 047 810 \$, y compris 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs, plus les dépens établis sur la base procureur-client. Sa société et lui se pourvoient devant notre Cour, invoquant diverses erreurs de droit, dont peu ont été débattues devant le juge de première instance.

4 Dans le cas de son ancien associé, Frederick Bell, propriétaire de la société Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. (« Sylvan »), le litige qui traîne devant les tribunaux depuis sept ans met un frein à ses aspirations commerciales. Tout cela, de conclure le juge de première instance, parce qu’O’Connor a souscrit des affidavits mensongers, refusé de produire des documents pertinents, donné de faux témoignages au cours de deux procès distincts et fait [TRADUCTION] « tout en son pouvoir pour empêcher la vérité d’éclater au grand jour » (par. 115). Aujourd’hui, Bell serait, dit-on, un homme usé, [TRADUCTION] « divorcé [et sans] l’initiative ou l’enthousiasme et la détermination nécessaires pour s’engager, à son âge, dans une telle entreprise » (par. 90). Bell a obtenu une somme de 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs en première instance, mais la Cour d’appel de l’Alberta a infirmé cet aspect du jugement ((2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116). Dans son pourvoi incident devant notre Cour, sa société, Sylvan, demande le rétablissement de cette décision.

5 Parce qu’il est question dans les deux cas de dommages-intérêts punitifs, le présent pourvoi a été entendu avec l’affaire *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, qui est décidée en même temps.

6 Je suis d’avis, pour des motifs quelque peu différents de ceux exposés par la Cour d’appel de l’Alberta, de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens sur la base partie-partie dans les deux cas.

I. Les faits

7 Sylvan exploitait depuis 1979 un terrain de golf d’une superficie de 171,53 acres et comptant 18 trous, en vertu d’un bail qui lui conférait un droit de premier refus si le propriétaire du golf décidait de le vendre. Le 3 novembre 1989, un acheteur sans

purchase the golf course property for \$1.3 million. Sylvan then had until December 31, 1989 to make the purchase on the same terms and conditions. The outside offer triggered the chain of events that led to this action.

8 O'Connor was familiar with the Sylvan Lake Golf Course, having played it frequently and having hosted his corporate tournament at that site for some years.

9 O'Connor, unbeknownst to Bell, had approached the landowner with a view to purchasing the leased golf course property, without result. He had obtained a financing commitment as early as March 31, 1989, from the Federal Business Development Bank ("FBDB"). On learning that Sylvan had exercised its right of first refusal, O'Connor approached Bell with an offer of financial assistance, which was declined. However, when Bell's former partner dropped out, and Sylvan's efforts to finance the purchase of the golf course through other means proved unsuccessful, Bell went back to O'Connor. Bell testified that at that meeting he discussed with O'Connor how Bell wanted to secure another five years of operation of the golf course with a chance at the end of that time to secure his retirement by the development of the 18th hole for residential development. Negotiations for a joint venture ensued near the end of November or early December 1989.

10 After a number of preliminary meetings, O'Connor spent about two and a half hours at Bell's home during the December 16-17 weekend. The two men met at length in O'Connor's truck a day or two later. The trial judge found that Bell and O'Connor came to a verbal agreement on the terms of their joint venture. They would pool their resources plus a \$700,000 mortgage from the FBDB to purchase the property. Sylvan (Bell) would thereafter operate the facilities for five years for its own account without any day-to-day involvement of O'Connor. In brief, at the conclusion of five years, Sylvan would be bought out by Performance

aucun lien avec O'Connor ou Performance a offert d'acheter le terrain de golf pour la somme de 1,3 million de dollars. Sylvan avait jusqu'au 31 décembre 1989 pour faire l'acquisition du golf aux mêmes conditions. L'offre extérieure a déclenché la succession d'événements qui ont conduit à la présente action.

O'Connor connaissait le terrain de golf de Sylvan Lake, puisqu'il y avait joué fréquemment et y avait organisé le tournoi de golf de son entreprise pendant quelques années.

À l'insu de Bell, O'Connor avait discuté avec le propriétaire du terrain de golf loué par Sylvan de la possibilité d'acquérir le terrain, mais sans succès. Dès le 31 mars 1989, il avait obtenu un engagement de financement de la Banque fédérale de développement (« BFD »). Lorsqu'il a appris que Sylvan avait exercé son droit de premier refus (ou droit de préemption), O'Connor a fait une offre d'aide financière à Bell, qui l'a refusée. Toutefois, lorsque l'ancien associé de Bell s'est désisté et que les efforts de Sylvan en vue de financer par d'autres moyens l'achat du golf se sont révélés infructueux, Bell a repris contact avec O'Connor. Bell a témoigné que, au cours de leur rencontre, il avait dit à O'Connor qu'il souhaitait s'assurer la faculté d'exploiter le golf pendant une autre période de cinq ans, ainsi que la possibilité, au terme de cette période, de réaliser un complexe domiciliaire près du 18^e trou, dans le but de s'assurer une retraite confortable. Des négociations en vue d'établir une coentreprise se sont amorcées vers la fin novembre ou le début décembre 1989.

Après un certain nombre d'entretiens préliminaires, O'Connor a passé environ deux heures et demie à la résidence de Bell au cours de la fin de semaine des 16 et 17 décembre. Les deux hommes ont discuté abondamment dans le camion d'O'Connor un ou deux jours plus tard. Le juge de première instance a estimé que Bell et O'Connor s'étaient entendus verbalement sur les modalités de leur coentreprise. Ils mettraient en commun leurs ressources ainsi qu'un prêt hypothécaire de 700 000 \$ consenti par la BFD pour acheter le terrain de golf. Sylvan (Bell) l'exploiterait ensuite pour son propre compte pendant cinq ans, sans la participation journalière

(O'Connor) for an agreed sum less any money then outstanding on the FBDB mortgage.

For present purposes, the only contentious issue was the option for a residential development to be undertaken by Bell (or a third party) "along the 18th fairway". O'Connor and Bell did not discuss a metes and bounds description of the optioned land, but Bell testified, and the trial judge accepted, that he showed O'Connor photographs and plans of the sort of development he had in mind, namely a *double row* of houses (i.e., on both sides of a street) clustered around a *cul-de-sac* along the length of the 18th fairway (480 yards). A photograph of a comparable golf course development where Bell had lived in the Bayview area of Toronto formed part of the negotiations (and was marked at trial as Exhibit 1, Tab 67). O'Connor agreed to option the land to permit such a development, otherwise (as the trial judge found) Bell would not have agreed to the five-year joint venture. The parties agreed that the purchase price of the optioned land would be \$400,000 by a third party (or \$200,000 if the existing owner Sylvan (Bell) chose to develop the parcel).

As part of the agreement, O'Connor undertook to have his lawyer reduce the verbal terms to writing. In due course, a document was produced. Clause 18, the option, accurately specified the 480-yard length of the proposed development, but instead of sufficient width to permit a double row of houses (approximately 110 yards), clause 18 allowed only enough land for a single row of houses (110 feet). This misstatement of the oral agreement was thus pleaded in para. 9 of the Statement of Claim:

Paragraph 18 of the December 21st, 1989 written Agreement did not accurately reflect the terms of the oral agreement made between Performance and Sylvan in that it misdescribed the width of the lands subject

d'O'Connor. Au terme de la période de cinq ans, Sylvan serait achetée par Performance (O'Connor) pour une somme déterminée, déduction faite de tout solde de l'emprunt hypothécaire obtenu de la BFD.

Dans le présent pourvoi, le seul point litigieux est l'option relative à la construction du complexe domiciliaire susceptible d'être exécutée par Bell (ou par un tiers) au [TRADUCTION] « 18^e trou ». O'Connor et Bell n'ont pas discuté de la description technique du terrain visé par l'option, mais dans son témoignage Bell a affirmé — et le juge de première instance l'a cru — avoir montré à O'Connor des photographies et des plans du type de complexe qu'il envisageait, à savoir une *double* rangée de maisons (c.-à-d. de chaque côté d'une rue) regroupées autour d'un cul-de-sac le long du 18^e trou (qui mesure 480 verges). Une photographie montrant un complexe comparable — qui est situé près d'un terrain de golf et où Bell a habité dans la région torontoise de Bayview — a été produite dans le cours des négociations (et déposée en preuve sous la cote P1, onglet 67). O'Connor a accepté de consentir une option visant l'achat de terrains en vue de permettre la construction d'un tel complexe, option sans laquelle (a conclu le juge de première instance) Bell n'aurait pas accepté la coentreprise de cinq ans. Les parties ont convenu que le prix d'achat des terrains visés par l'option serait de 400 000 \$ en cas d'acquisition par un tiers (ou de 200 000 \$ si Sylvan (Bell), qui en était alors propriétaire, décidait de les aménager).

Comme convenu, O'Connor a confié à son avocat la tâche de coucher par écrit les termes de l'entente verbale. Un document a été produit en temps voulu. La clause 18, établissant l'option, mentionnait de façon précise la longueur de 480 verges du complexe proposé, mais au lieu de prévoir une largeur suffisante pour permettre la construction d'une double rangée de maisons (environ 110 verges), elle ne faisait état que d'une largeur suffisante pour une seule rangée de maisons (110 pieds). Cette constatation inexacte de l'entente verbale a été invoquée ainsi, au par. 9 de la déclaration :

[TRADUCTION] Le paragraphe 18 de la Convention écrite du 21 décembre 1989 ne reflète pas fidèlement les termes de l'entente verbale intervenue entre Performance et Sylvan, en ce qu'il décrit faussement la largeur des

11

12

to the Agreement as “One Hundred and Ten (110 ft.) feet in width east to west”, when the width of the lands comprising the 18th hole was approximately 110 yards in width east to west. [Emphasis in original.]

Bell had in mind a development of about 58 homes on about 11 acres. O’Connor’s draft allowed 3.6 acres. Bell testified, and the trial judge accepted, that he had specifically told O’Connor during the negotiations that a single row housing development (which is all that clause 18 would permit) would “be a waste of land and an uneconomic use of the 18th hole” (para. 42).

13 Clause 18 of the Joint Venture Agreement, as drawn up by O’Connor’s lawyer, provided as follows:

18. The parties agree that sale of a portion of the lands for development of residential housing is contemplated by both of them within the term of Sylvan’s tenancy. Such portion of the lands is: one hundred ten (110 ft) feet in width east to west and approximately four hundred eighty (480 yds) yards in length north to south, and abutted by the eastern border of the lands along its entire length. The parties agree that, if they are presented with an appropriate offer, those lands will be sold to a third party developer. It is agreed that such appropriate offer will offer the sum of at least four hundred thousand (\$400,000) dollars cash for those lands and provide for the continued, uninterrupted existence of the golf course consisting of no less than six thousand two hundred fifty (6250 yds) yards in length with all eighteen fairways well divided, defined and reasonably wide (for reference sake the parties agree that the fairways of the golf course are, at the date of this agreement, for the most part well divided, defined and reasonably wide). [Emphasis added.]

14 On December 21, 1989, O’Connor and Bell signed the Joint Venture Agreement as well as the documentation to finance the purchase of all of the land. The documents were then delivered to the solicitor for Sylvan, who reviewed it, and suggested revisions, which led to the signing of an amended Joint Venture Agreement on December 27, 1989. Sylvan’s solicitor testified at trial that he did not

terrains visés par la convention comme étant « cent dix pieds (110 pi.) de largeur dans une orientation est-ouest », alors que la largeur des terrains du 18^e trou était d’environ 110 verges dans une orientation est-ouest. [En italique dans l’original.]

Bell envisageait la construction d’environ 58 maisons, sur à peu près 11 acres. Le projet de convention établi par O’Connor ne prévoyait que 3,6 acres. Le juge de première instance a ajouté foi à l’affirmation de Bell selon laquelle il avait expressément dit à O’Connor, au cours des négociations, que la construction d’une seule rangée de maisons (qui était tout ce que la clause 18 permettait) serait [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain et une utilisation non rentable du 18^e trou » (par. 42).

Voici le texte de la clause 18 de la Convention de coentreprise, telle qu’elle avait été rédigée par l’avocat d’O’Connor :

[TRADUCTION]

18. Les deux parties reconnaissent qu’elles envisagent la vente d’une partie des terrains aux fins de construction d’un complexe domiciliaire pendant la durée de la tenance à bail de Sylvan. Cette parcelle est décrite ainsi : cent dix (110) pieds de largeur dans une orientation est-ouest et environ quatre cent quatre-vingt (480) verges de longueur dans une orientation nord-sud, et contiguë à la limite est du terrain sur toute sa longueur. Les parties conviennent que, si elles reçoivent une offre convenable, ces terrains seront vendus à un tiers promoteur. Il est convenu que constituerait une offre convenable le paiement d’une somme d’au moins quatre cent mille dollars (400 000 \$) en espèces pour ces terrains, en plus de l’engagement d’assurer sans interruption l’existence du terrain de golf, qui doit avoir une superficie minimale de six mille deux cent cinquante (6250) verges de longueur et compter dix-huit trous bien divisés, bien définis et raisonnablement larges (à titre d’information, les parties reconnaissent que, à la date de la présente convention, les trous du terrain de golf sont pour la plupart bien divisés, bien définis et raisonnablement larges). [Je souligne.]

Le 21 décembre 1989, O’Connor et Bell ont signé la Convention de coentreprise de même que la documentation relative au financement de l’achat de l’ensemble de la propriété. Les documents ont alors été communiqués à l’avocat de Sylvan, qui les a examinés et a suggéré quelques modifications, ce qui a eu pour effet de retarder au 27 décembre 1989 la signature de la Convention de coentreprise

discuss the optioned property dimensions with Bell, and Bell said he never read the option clause. All copies of the documents had been left with his lawyer. O'Connor's solicitor was not called to testify, an omission that caused the trial judge to draw the adverse inference that if the lawyer had testified, it would not have assisted O'Connor.

O'Connor knew from Bell's comment during the negotiations that he would not sign an agreement without the option for sufficient land to create the "Bayview" layout development with two rows of housing. Anything less would be "a waste". O'Connor therefore knew when Bell signed the document that he had not detected the substitution of 110 feet for 110 yards.

In 1990, Bell experienced some "cash flow difficulties" that led to a modification to the financial terms of the Agreement, but pressed ahead with plans for the potential development. For a time in 1992, he worked with UMA Engineering Ltd. He subsequently retained Norman Truth, a development consultant, who produced alternative plans and sketches for developments of 50 and 58 houses along the 18th fairway. Truth estimated the 58-house project on or about 10.9 acres would net \$820,100. In some respects, Bell was looking for more land than O'Connor had verbally agreed to. The proposals would, as contemplated from the outset, involve a measure of realignment of the 18th fairway. Bell therefore left these development proposals with O'Connor, who said he would review them. In the meantime, the lands in the golf course had been annexed to the Town of Sylvan Lake and there was potential for development of the entire 171.5 acres, much to O'Connor's benefit.

modifiée. Au procès, l'avocat de Sylvan a témoigné ne pas avoir discuté avec Bell des dimensions de la parcelle visée par l'option, et Bell a déclaré ne jamais avoir lu la clause relative à l'option. Tous les exemplaires des documents avaient été remis à son avocat. L'avocat d'O'Connor n'a pas été appelé à témoigner, omission qui a amené le juge du procès à tirer la conclusion défavorable à O'Connor selon laquelle la déposition de l'avocat n'aurait pas aidé la cause d'O'Connor.

O'Connor savait, à la lumière des commentaires formulés par Bell durant les négociations, que ce dernier ne signerait aucune Convention ne lui accordant pas la faculté d'acquérir suffisamment de terrain pour aménager un complexe de type « Bayview » comportant deux rangées de maisons. Toute superficie inférieure serait [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain ». O'Connor savait par conséquent que, lorsque Bell avait signé le document, il n'avait pas remarqué qu'on avait substitué la mesure 110 *pieds* à la mesure 100 *verges*.

En 1990, Bell a connu quelques [TRADUCTION] « problèmes de trésorerie » qui ont entraîné une modification des modalités financières de la Convention, mais il n'en a pas moins poursuivi l'élaboration des plans de l'éventuel complexe. Pendant un certain temps en 1992, il y a travaillé avec la société UMA Engineering Ltd. Il a subséquemment retenu les services de Norman Truth, consultant en aménagement, qui a préparé d'autres plans et croquis proposant la construction de 50 et 58 maisons le long du 18^e trou. M. Truth estimait que le projet de construction de 58 maisons sur une parcelle d'environ 10,9 acres pourrait rapporter 820 100 \$. À certains égards, Bell envisageait une superficie plus vaste que celle dont avait convenu verbalement O'Connor. Conformément à ce qui avait été envisagé dès le départ, ces propositions impliquaient un certain réaménagement du tracé du 18^e trou. Bell a donc remis ces propositions d'aménagement à O'Connor, qui a dit qu'il les examinerait. Entre-temps, les terrains du parcours de golf avaient été annexés à la ville de Sylvan Lake et il était devenu possible d'aménager l'ensemble des 171,5 acres, situation très avantageuse pour O'Connor.

15

16

- 17 Time went by. In May 1993, Bell again contacted O'Connor, who promised to review the proposal, but did not respond either then or even after a later meeting arranged by Bell's wife. The clock was running because the option required the development to be completed by December 31, 1994. Finally, by letter dated June 8, 1993, O'Connor's lawyer advised Bell that "[i]t is very unlikely that Performance Industries Ltd. will approve of any development plan which is not strictly in line with the Agreement".
- 18 Bell testified that at that point, for the first time, he read clause 18 and realized that it did not conform to the oral agreement. O'Connor, he concluded, had slipped in a change of dimensions that turned a viable project into "a waste of land". Bell says he was incensed. He attended at O'Connor's office for what he described as a heated meeting.
- 19 Attempts were made to resolve the dispute, but O'Connor continued to insist that Bell's right to develop the property was limited under clause 18 of the Agreement to a strip of land 110 feet wide on the easterly boundary of the golf course adjacent to the 18th hole. Bell continued to insist that O'Connor live up to the verbal agreement, which would require 110 feet being read as 110 yards.
- 20 In December 1994, the 5-year duration of the joint venture coming up for expiry, O'Connor tendered the funds required to buy out Sylvan's interest. Bell refused to allow Sylvan to relinquish possession of the land, and O'Connor commenced an action for specific performance. The Alberta Court of Queen's Bench granted an order for specific performance and O'Connor assumed possession of the property and built a clubhouse at the 18th hole. Also in late 1994, Sylvan commenced the present action against Performance and O'Connor for rectification of the Agreement or damages in lieu thereof, punitive damages and solicitor-client costs.
- Puis le temps a passé. En mai 1993, Bell a de nouveau communiqué avec O'Connor, qui a promis d'examiner la proposition mais n'y a pas répondu, ni à ce moment ni après une rencontre subséquente organisée par l'épouse de Bell. Le temps continuait cependant de courir, car l'option exigeait que l'aménagement soit complété au plus tard le 31 décembre 1994. Finalement, dans une lettre datée du 8 juin 1993, l'avocat d'O'Connor a avisé Bell qu'[TRADUCTION] « [i]l [était] très peu probable que Performance Industries Ltd. approuve tout projet d'aménagement qui ne soit pas strictement conforme à la Convention ».
- Bell a témoigné qu'à ce moment, pour la première fois, il a lu la clause 18 et constaté qu'elle ne correspondait pas à l'entente verbale. O'Connor, a-t-il conclu, avait introduit un changement de dimension qui avait transformé un projet viable en [TRADUCTION] « un gaspillage de terrain ». Il était furieux, a-t-il dit. Il s'est rendu au bureau d'O'Connor, où ils ont eu une discussion qu'il a qualifiée de très animée.
- Des efforts ont été déployés afin de résoudre le différend, mais O'Connor continuait à maintenir que, aux termes de la clause 18 de la Convention, Bell n'avait le droit d'aménager la propriété que sur une bande de terrain de 110 pieds de largeur, contiguë au 18^e trou, du côté est du terrain de golf. Bell, pour sa part, continuait d'exiger qu'O'Connor respecte l'entente verbale, ce qui impliquait qu'on considère que la mention 110 pieds signifiait plutôt 110 verges.
- En décembre 1994, avant l'expiration de la période de validité de cinq ans de la coentreprise, O'Connor a offert les sommes nécessaires pour racheter la participation de Sylvan. Bell a refusé de permettre à Sylvan de se départir de la possession du terrain et O'Connor a engagé une action demandant l'exécution forcée de la Convention. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a fait droit à l'action et O'Connor a pris possession de la propriété et construit un pavillon au 18^e trou. Également à la fin de 1994, Sylvan a entamé contre Performance et O'Connor la présente action sollicitant soit la rectification de la Convention soit des dommages-intérêts en tenant lieu, des dommages-intérêts punitifs et les dépens sur la base procureur-client.

II. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1999), 246 A.R. 272

Wilkins J. noted that the onus was on the plaintiff “to establish both that Bell was mistaken as to the description of the development property when he signed the Agreement and that O’Connor knew of his mistake” (para. 66).

In the view of Wilkins J., “O’Connor’s conduct in attempting to take advantage of the mistake he knew Bell to have made in signing the Agreement is equivalent to a fraud or a misrepresentation amounting [to] fraud or sharp practice” (para. 87). He concluded that “[i]t would be unjust, inequitable and unconscionable for this court not to offer redress to Bell in the face of that conduct” (para. 87). Accordingly, it was “clear from the evidence” that Bell is entitled to rectification of clause 18 of the Agreement. Sylvan was awarded damages in lieu of specific performance of the rectified Joint Venture Agreement.

The compensatory damages were assessed on the basis of “the amount of money that Bell would have been entitled to [receive] had he been permitted to complete the residential development of the 18th hole in accordance with the terms of the rectified clause 18” (para. 92). Wilkins J. was satisfied that a development of 58 houses could have “been constructed and substantially marketed prior to December 31, 1994” (para. 93). In the result, he assessed damages on the basis of the 58-lot development on the 480-yard 18th fairway in the amount of \$820,100. From this he subtracted \$200,000 (being the amount Sylvan (Bell) would have had to pay Performance (O’Connor) to exercise the \$400,000 option) for a net of \$620,100.

With respect to punitive damages, Wilkins J. reiterated that he found “the actions of O’Connor to be tantamount to fraud, equivalent to a misrepresentation in the nature of fraud, and sharp practice” (para. 109). O’Connor’s “actions demand an award which will stand as an example to others

II. L’historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta* (1999), 246 A.R. 272

Le juge Wilkins a souligné qu’il incombait au demandeur [TRADUCTION] « d’établir à la fois que Bell se trompait quant à la description du bien-fonds à aménager lorsqu’il a signé la Convention et qu’O’Connor savait qu’il se trompait » (par. 66).

Selon le juge Wilkins, [TRADUCTION] « [l]a façon dont O’Connor s’est comporté en tentant de tirer avantage de l’erreur qu’il savait que Bell avait commise en signant la Convention équivaut à une fraude ou à une assertion inexacte assimilable à fraude ou à dol » (par. 87). Il a conclu qu’[TRADUCTION] « [i]l serait injuste, inéquitable et abusif que la cour n’accorde pas réparation à Bell devant une telle conduite » (par. 87). En conséquence, il ressortait [TRADUCTION] « clairement de la preuve » que Bell avait droit à la rectification de la clause 18 de la Convention. Sylvan a obtenu des dommages-intérêts au lieu de l’exécution forcée de la Convention de coentreprise rectifiée.

Les dommages-intérêts compensatoires ont été fixés à [TRADUCTION] « la somme que Bell aurait eu le droit de [recevoir] si on lui avait permis de construire le complexe domiciliaire au 18^e trou conformément aux termes de la clause 18 rectifiée » (par. 92). Le juge Wilkins était convaincu qu’un complexe de 58 maisons aurait pu [TRADUCTION] « être construit et en grande partie vendu avant le 31 décembre 1994 » (par. 93). En conséquence, il a fixé 820 100 \$ les dommages-intérêts compensatoires, sur la base de l’aménagement d’un complexe de 58 lots au 18^e trou, qui mesure 480 verges. De cette somme, il a soustrait 200 000 \$ (soit la somme que Sylvan (Bell) aurait eu à verser à Performance (O’Connor) pour lever l’option de 400 000 \$), ce qui a donné un résultat net de 620 100 \$.

Relativement aux dommages-intérêts punitifs, le juge Wilkins a réitéré sa conclusion que les [TRADUCTION] « actions d’O’Connor étaient assimilables à une fraude ou à une assertion inexacte participant de la fraude et du dol » (par. 109). Les « actions [d’O’Connor] commandent [sa] condamnation

21

22

23

24

and at the same time assure that [he] does not unduly profit from his conduct” (para. 109). Wilkins J. stated that “[this] latter statement is the only proper basis for an award of punitive damages” (para. 109) in this case. Accordingly, O’Connor’s punitive damages should be awarded “at least to the extent of disgorging the base profit he has realized by his improper conduct” (para. 110). Punitive damages were assessed at \$200,000. For their misbehaviour in the conduct of the action, the defendants (now appellants) were required to pay solicitor-client costs.

25 O’Connor argued that he should not be personally liable for any judgment against Performance in favour of the plaintiff, but Wilkins J. rejected this argument “in its entirety” (para. 119). He said that every step taken in furtherance of this joint venture was directed by O’Connor, as was every attempt to defeat Bell’s legitimate interests in the protracted litigation. “Surely there could never be a clearer case in which the court must pierce the corporate veil and attribute” (para. 119) liability personally to O’Connor. And so he did.

B. *Alberta Court of Appeal* (2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116

26 In a *per curiam* decision, the Court of Appeal upheld Wilkins J.’s rulings that the Agreement could be rectified and that the corporate veil could be lifted. It also upheld the damages award, with the exception of the award for punitive damages, which it set aside. The order for solicitor-client costs was similarly upheld.

27 With respect to compensatory damages, the Court of Appeal was “not prepared to interfere with the award of damages in this case” (para. 27). It

à une somme qui aura valeur d’exemple et en même temps fera en sorte qu’[il] ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Le juge Wilkins a dit que [TRADUCTION] « [l]a seconde partie de l’affirmation qui précède est le seul fondement justifiant d’accorder des dommages-intérêts punitifs » (par. 109) en l’espèce. Par conséquent, O’Connor devrait être condamné, au titre des dommages-intérêts punitifs, au paiement d’une somme [TRADUCTION] « à tout le moins suffisante pour lui faire remettre le profit indigne qu’il a réalisé par sa conduite répréhensible » (par. 110). Les dommages-intérêts punitifs ont été établis à 200 000 \$. En raison de leur comportement abusif pendant le déroulement de l’action, les défendeurs (appelants au présent pourvoi) ont été condamnés aux dépens sur la base procureur-client.

O’Connor a prétendu qu’il ne devait pas être tenu personnellement responsable à l’égard de tout jugement prononcé contre Performance en faveur de la demanderesse, mais le juge Wilkins a « complètement » (par. 119) rejeté cet argument. Le juge a dit que chaque mesure prise pour appuyer cette coentreprise l’avait été à l’instigation d’O’Connor, comme toutes les tentatives visant à miner les intérêts légitimes de Bell dans cet interminable litige. [TRADUCTION] « Il ne saurait certes y avoir de cas plus clair où la cour doit écarter le bénéfice de la personnalité juridique et tenir » (par. 119) O’Connor personnellement responsable. Et c’est ce qu’a fait le juge Wilkins.

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (2000), 255 A.R. 329, 2000 ABCA 116

Dans un arrêt *per curiam*, la Cour d’appel a confirmé la décision du juge Wilkins indiquant que la Convention pouvait être rectifiée et que le bénéfice de la personnalité juridique pouvait être écarté. Elle a aussi confirmé les décisions de ce dernier relativement aux dommages-intérêts, sauf celle concernant les dommages-intérêts punitifs, qu’elle a annulée. Elle a également confirmé l’ordonnance accordant les dépens sur la base procureur-client.

En ce qui a trait aux dommages-intérêts compensatoires, la Cour d’appel a dit [TRADUCTION] « ne pas être disposée à modifier les

did, however, describe the trial judge's award as "generous" (para. 27).

The Court of Appeal agreed with the trial judge that "the misconduct of the defendants was so outrageous that punishment and deterrence [were] required" (para. 28), but that punitive damages "should be awarded only if they achieve some rational purpose" (para. 28). In the Court of Appeal's view, the "substantial and generous compensatory damages awarded" (para. 29) by the trial judge satisfy both the punishment and deterrence objectives in this case. The Court of Appeal was also of the view that this was not a case where it was necessary to award punitive damages to ensure that the defendant does not profit from his misconduct. O'Connor would have profited under the Agreement even if he had not misbehaved. Accordingly, the Court of Appeal set aside the punitive damages award. In all other respects, the appeal was dismissed.

III. Analysis

When reasonably sophisticated businesspeople reduce their oral agreements to written form, which are prepared and reviewed by lawyers, and changes made, and the documents are then executed, there is usually little scope for rectification. Nor does a falling out between business partners usually attract an award of punitive damages. This case is unusual because of the findings of fraud and deceit made against the appellant O'Connor by the trial judge. The appellants are therefore obliged to try to make their case, if at all, out of the mouth of Bell, with such help as they can find in the law books for their position.

Counsel for the appellants (who was not counsel at trial) seeks to raise three issues, which he describes as follows: (1) the relationship between the plea of

dommages-intérêts en l'espèce» (par. 27). Elle a toutefois qualifié de « généreux » (par. 27) le quantum accordé par le juge de première instance.

La Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge de première instance que [TRADUCTION] « la conduite répréhensible des défendeurs était à ce point inacceptable que des mesures de punition et de dissuasion s'imposaient » (par. 28), mais elle a ajouté que des dommages-intérêts punitifs « ne doivent être accordés que s'ils servent un objectif rationnel » (par. 28). De l'avis de la Cour d'appel, les [TRADUCTION] « dommages-intérêts compensatoires substantiels et généreux accordés » (par. 29) par le juge de première instance satisfaisaient à la fois aux objectifs de punition et de dissuasion en l'espèce. La Cour d'appel estimait également ne pas être en présence d'une affaire où des dommages-intérêts punitifs étaient requis pour faire en sorte que le défendeur ne profite pas de sa conduite répréhensible. O'Connor aurait tiré des bénéfices de l'exécution de la Convention, même s'il ne s'était pas comporté de façon répréhensible. La Cour d'appel a donc annulé la décision accordant les dommages-intérêts punitifs. L'appel a toutefois été rejeté sur tous les autres points.

III. L'analyse

Lorsque des gens d'affaires raisonnablement avertis couchent par écrit leurs ententes verbales, dans des documents qui sont préparés et revus par des avocats puis modifiés avant d'être signés, il y a généralement peu de chances qu'il y ait lieu à rectification. Pas plus d'ailleurs qu'une mésentente entre associés commerciaux n'entraîne ordinairement une condamnation à des dommages-intérêts punitifs. La présente affaire est inhabituelle en ce que le juge de première instance a conclu à l'existence de fraude et de dol de la part de l'appellant O'Connor. Les appellants doivent par conséquent tenter d'établir le bien-fondé de leurs prétentions, pour peu que cela soit possible, à partir des assertions mêmes de Bell et en s'appuyant sur tout ce qu'ils peuvent trouver dans la jurisprudence au soutien de leur thèse.

L'avocat des appellants (qui ne les représentait pas en première instance) soulève trois points, qu'il énonce ainsi : (1) le rapport entre l'allégation

28

29

30

unilateral mistake and the remedy of rectification (particularly where the mistake is the product of the plaintiff's own negligence); (2) the kind of pleading and proof that a plaintiff who seeks rectification must offer, as well as the proper standard of proof to apply in rectification cases; and, (3) the proper method of quantifying damages ordered in lieu of rectification in cases where the subject matter of the rectified contract is an option for the sale of land. The respondent, as stated, cross-appeals against the quashing of the award of punitive damages.

A. Rectification of the Contract

31

Rectification is an equitable remedy whose purpose is to prevent a written document from being used as an engine of fraud or misconduct "equivalent to fraud". The traditional rule was to permit rectification only for mutual mistake, but rectification is now available for unilateral mistake (as here), provided certain demanding preconditions are met. Insofar as they are relevant to this appeal, these preconditions can be summarized as follows. Rectification is predicated on the existence of a prior oral contract whose terms are definite and ascertainable. The plaintiff must establish that the terms agreed to orally were not written down properly. The error may be fraudulent, or it may be innocent. What is essential is that at the time of execution of the written document the defendant knew or ought to have known of the error and the plaintiff did not. Moreover, the attempt of the defendant to rely on the erroneous written document must amount to "fraud or the equivalent of fraud". The court's task in a rectification case is corrective, not speculative. It is to restore the parties to their original bargain, not to rectify a belatedly recognized error of judgment by one party or the other: *Hart v. Boutillier* (1916), 56 D.L.R. 620 (S.C.C.), at p. 630; *Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 S.C.R. 109, at pp. 126-27; *Downtown King West Development Corp. v. Massey Ferguson Industries Ltd.* (1996), 133 D.L.R. (4th) 550 (Ont. C.A.), at p. 558; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 867; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th

d'erreur unilatérale et la réparation que constitue la rectification (particulièrement lorsque l'erreur est le fruit de la propre négligence du demandeur); (2) le type d'allégations et de preuve que doit présenter le demandeur qui sollicite la rectification, de même que la norme de preuve applicable en pareil cas; (3) la méthode appropriée pour quantifier les dommages-intérêts accordés à la place de la rectification lorsque l'objet du contrat rectifié est une option portant sur la vente de terrains. Comme il a été mentionné plus tôt, l'intimée se pourvoit de façon incidente contre l'annulation de la décision accordant les dommages-intérêts punitifs.

A. Rectification du contrat

La rectification est une réparation en equity visant à empêcher qu'un écrit soit utilisé comme moyen de commettre une fraude ou de se livrer à une conduite répréhensible [TRADUCTION] « équivalent à fraude ». La règle traditionnelle ne permettait la rectification qu'en cas d'erreur mutuelle, mais il y a maintenant ouverture à rectification en cas d'erreur unilatérale (comme dans la présente affaire), pourvu que certains préalables rigoureux soient réunis. Dans la mesure où ils sont pertinents en l'espèce, ces préalables peuvent être résumés ainsi. La rectification est fondée sur l'existence d'un contrat verbal préalable dont les conditions sont déterminées et déterminables. Le demandeur doit établir que les conditions convenues verbalement n'ont pas été couchées adéquatement par écrit. L'erreur peut être frauduleuse ou innocente. L'exigence essentielle est que, au moment de la signature de l'écrit, le défendeur connaissait l'erreur ou aurait dû la connaître, et que le demandeur n'en connaissait pas l'existence. De plus, la tentative du défendeur d'utiliser l'écrit erroné doit constituer « une fraude ou l'équivalent d'une fraude ». La tâche des tribunaux dans une affaire de rectification est de corriger et non de faire des supputations. Elle consiste à reconstituer le marché original conclu par les parties, et non à rectifier une erreur de jugement qu'une partie aurait reconnue tardivement : *Hart c. Boutillier* (1916), 56 D.L.R. 620 (C.S.C.), p. 630; *Ship M. F. Whalen c. Pointe Anne Quarries Ltd.* (1921), 63 R.C.S. 109, p. 126-127; *Downtown King West Development Corp. c. Massey*

ed. 1999), at para. 336. In *Hart, supra*, at p. 630, Duff J. (as he then was) stressed that “[t]he power of rectification must be used with great caution”. Apart from everything else, a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts.

B. Preliminary Objection

The respondent says the appellants ought not to be allowed to argue various objections to rectification that were not raised at trial. The alleged uncertainty about the terms of the prior oral agreement, for example, is an issue that did not come into bloom until after the appellants had lost in the Alberta Court of Appeal. There is some merit in this objection. Unless the parties have fully addressed a factual issue at trial in the evidence, and preferably in argument for the benefit of the trial judge, there is always the very real danger that the appellate record will not contain all of the relevant facts, or the trial judge’s view on some critical factual issue, or that an explanation that might have been offered in testimony by a party or one or more of its witnesses was never elicited. As Duff J. put it in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

In my view, the appellants’ contentions on the rectification issues are fact-based, but are manageable on the evidentiary record and raise important issues of law and equity. The Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the

Ferguson Industries Ltd. (1996), 133 D.L.R. (4th) 550 (C.A. Ont.), p. 558; G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), p. 867; S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), par. 336. Dans l’arrêt *Hart*, précité, p. 630, le juge Duff (plus tard Juge en chef du Canada) a souligné que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu’avec grande prudence ». Tout assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits.

B. Objection préliminaire

L’intimée prétend que les appelants ne devraient pas être admis à plaider des objections à la rectification qui n’ont pas été soulevées au procès. Par exemple, l’incertitude qui caractériserait les conditions de l’entente verbale antérieure est une question que n’ont soulevée les appelants qu’après avoir été déboutés par la Cour d’appel de l’Alberta. Cette objection n’est pas sans fondement. À moins que les parties n’aient traité de façon exhaustive une question de fait au procès en présentant leur preuve, et de préférence au cours des plaidoiries devant le juge, il y a toujours un risque très réel que le dossier d’appel ne comporte pas tous les faits pertinents ou l’opinion du juge de première instance sur quelque question de fait cruciale, ou encore que n’ait jamais été obtenue une explication qui aurait pu être donnée par une partie ou par un ou plusieurs de ses témoins en déposant. Comme l’a dit le juge Duff dans l’arrêt *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539 :

[TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d’appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu’il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage.

À mon avis, les prétentions des appelants au sujet des questions touchant à la rectification reposent sur des faits, mais elles peuvent être examinées à la lumière de la preuve au dossier et elles soulèvent d’importantes questions de droit et d’équité. Il est loisible à la Cour, dans le cadre d’un pourvoi,

opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice.

34 Here the respondent sought and obtained an equitable remedy to rectify a situation which need never have arisen had Bell properly read the draft document in December 1989. He who seeks equity must do equity. If equitable relief had been wrongfully granted, we should not close our eyes to a fatal objection because of counsel's oversight at trial. The facts vital to the appellants' new legal position are readily ascertainable in the evidence and the necessary findings are implicit, if not always explicit, in the trial judge's reasons.

C. *The Conditions Precedent to Rectification*

35 As stated, high hurdles are placed in the way of a businessperson who relies on his or her own unilateral mistake to resile from the written terms of a document which he or she has signed and which, on its face, seems perfectly clear. The law is determined not to open the proverbial floodgates to dissatisfied contract makers who want to extricate themselves from a poor bargain.

36 I referred earlier to the four conditions precedent, or "hurdles" that a plaintiff must overcome. To these the appellants wish to add a fifth. Rectification, they say, should not be available to a plaintiff who is negligent in reviewing the documentation of a commercial agreement. To the extent the appellants' argument is that in such circumstances the Court may exercise its discretion to refuse the equitable remedy to such a plaintiff, I agree with them. To the extent they say the want of due diligence (or negligence) on the plaintiff's part is an absolute bar, I think their proposition is inconsistent with principle and authority and should be rejected.

d'examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu'il en résulte de préjudice d'ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d'entraîner une injustice.

En l'espèce, l'intimée a demandé et obtenu une réparation en equity pour faire rectifier une situation qui n'aurait jamais dû se produire si Bell avait lu adéquatement le projet de convention en décembre 1989. Qui sollicite l'équité doit lui-même agir avec équité. Si la réparation en equity a été accordée à tort, nous ne devrions pas faire abstraction d'une objection fatale parce que l'avocat a omis de la soulever au procès. Les faits essentiels à la nouvelle thèse juridique avancée par les appelants sont faciles à dégager de la preuve et les conclusions nécessaires sont implicites, sinon toujours explicites, dans les motifs du juge de première instance.

C. *Les préalables à la rectification*

Comme il a été indiqué précédemment, la personne en affaires qui invoque sa propre erreur unilatérale pour se soustraire aux conditions — couchées par écrit — d'un document qu'elle a signé et qui, à première vue, semble parfaitement clair, doit surmonter de sérieux obstacles. Le droit est résolu à prévenir la proverbiale avalanche de poursuites que pourraient vouloir engager des contractants insatisfaits, qui veulent se délier d'un marché peu avantageux.

J'ai évoqué plus tôt les quatre préalables, ou « obstacles », que le demandeur doit surmonter. Les appelants cherchent à en ajouter un cinquième. La rectification ne devrait pas, affirment-ils, être ouverte à un demandeur qui a été négligent dans l'examen de la documentation relative à un contrat commercial. Dans la mesure où leur argument signifie que, en pareils cas, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder la réparation en equity à un tel demandeur, je suis d'accord avec eux. Dans la mesure où ils affirment que l'absence de diligence raisonnable (ou la négligence) d'un demandeur constitue un empêchement absolu, je crois que leur thèse est incompatible avec les principes et les autorités, et qu'elle devrait être rejetée.

The first of the traditional hurdles is that Sylvan (Bell) must show the existence and content of the inconsistent prior oral agreement. Rectification is “[t]he most venerable breach in the parol evidence rule” (Waddams, *supra*, at para. 336). The requirement of a prior oral agreement closes the “floodgate” to unhappy contract makers who simply failed to read the contractual documents, or who now have misgivings about the merits of what they have signed.

The second hurdle is that not only must Sylvan (Bell) show that the written document does not correspond with the prior oral agreement, but that O’Connor either knew or ought to have known of the mistake in reducing the oral terms to writing. It is only where permitting O’Connor to take advantage of the error would amount to “fraud or the equivalent of fraud” that rectification is available. This requirement closes the “floodgate” to unhappy contract makers who simply made a mistake. Equity acts on the conscience of a defendant who seeks to take advantage of an error which he or she either knew or ought reasonably to have known about at the time the document was signed. Mere unilateral mistake alone is not sufficient to support rectification but if permitting the non-mistaken party to take advantage of the document would be fraud or equivalent to fraud, rectification may be available: *Hart, supra*, at p. 630; *Ship M. F. Whalen, supra*, at pp. 126-27.

What amounts to “fraud or the equivalent of fraud” is, of course, a crucial question. In *First City Capital Ltd. v. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (B.C.S.C.), McLachlin C.J.S.C. (as she then was) observed that “in this context ‘fraud or the equivalent of fraud’ refers not to the tort of deceit or strict fraud in the legal sense, but rather to the broader category of equitable fraud or constructive fraud. . . . Fraud in this wider sense refers to transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself

Selon le premier des obstacles traditionnels, il incombe à Sylvan (Bell) d’établir l’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure incompatible. La rectification est [TRADUCTION] « [l’]entorse la plus consacrée à la règle de l’exclusion de la preuve extrinsèque » (Waddams, *op. cit.*, par. 336). La condition exigeant une entente verbale antérieure prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de contractants insatisfaits qui ont tout simplement omis de lire les documents contractuels, ou qui éprouvent maintenant des réserves sur le bien-fondé de ce qu’ils ont signé.

Pour franchir le deuxième obstacle, Sylvan (Bell) doit démontrer non seulement que l’écrit ne correspond pas à l’entente verbale antérieure, mais également qu’O’Connor connaissait ou aurait dû connaître l’existence de l’erreur lorsque les conditions convenues verbalement ont été couchées par écrit. Ce n’est que lorsque le fait de permettre à O’Connor de tirer profit de l’erreur constituerait « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » qu’il y a ouverture à rectification. Cette exigence prévient l’avalanche de poursuites de la part de contractants insatisfaits qui ont simplement fait une erreur. L’équité agit sur la conscience du défendeur qui cherche à tirer profit d’une erreur dont il connaissait ou aurait raisonnablement dû connaître l’existence au moment où le document a été signé. À elle seule, une erreur unilatérale ne peut justifier la rectification d’un document, mais il peut y avoir ouverture à cette réparation si le fait de permettre à la partie qui n’était pas dans l’erreur de tirer profit du document constitue une fraude ou l’équivalent d’une fraude : *Hart*, précité, p. 630; *Ship M. F. Whalen*, précité, p. 126-127.

Déterminer ce qui constitue « une fraude ou l’équivalent d’une fraude » constitue, bien sûr, une question cruciale. Dans *First City Capital Ltd. c. British Columbia Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29, madame le juge en chef McLachlin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (maintenant Juge en chef du Canada) a souligné que, [TRADUCTION] « dans ce contexte, “une fraude ou l’équivalent d’une fraude” ne s’entend pas du délit que constituent le dol ou la fraude stricte au sens juridique du terme, mais plutôt à la catégorie plus vaste des fraudes par implication ou fraudes

37

38

39

of the advantage obtained” (p. 37). Fraud in the “wider sense” of a ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, but “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken”: *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (Ont. H.C.), at p. 19. See also *Montreal Trust Co. v. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257 (Sask. C.A.), per Wakeling J.A.; *Alampi v. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (Ont. C.A.); *Stepps Investments Ltd. v. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351 (Ont. H.C.), per Grange J. (as he then was), at pp. 362-63; and Waddams, *supra*, at para. 342.

reconnues en equity [. . .] Dans ce sens plus large, la fraude s’entend également d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (p. 37). Au « sens plus large » de fraude donnant ouverture à une réparation en equity, la fraude se présente sous [TRADUCTION] « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », mais « elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » : *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (H.C. Ont.), p. 19. Voir également *Montreal Trust Co. c. Maley* (1992), 99 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Sask.), le juge Wakeling; *Alampi c. Swartz* (1964), 43 D.L.R. (2d) 11 (C.A. Ont.); *Stepps Investments Ltd. c. Security Capital Corp.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 351 (H.C. Ont.), le juge Grange (plus tard juge à la Cour d’appel), p. 362-363, et Waddams, *op. cit.*, par. 342.

40

The third hurdle is that Sylvan (Bell) must show “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention (*Hart, supra, per Duff J.*, at p. 630). This requirement closes the “floodgates” to those who would invite the court to speculate about the parties’ unexpressed intentions, or impose what in hindsight seems to be a sensible arrangement that the parties might have made but did not. The court’s equitable jurisdiction is limited to putting into words that — and only that — which the parties had already orally agreed to.

Suivant le troisième obstacle, Sylvan (Bell) doit démontrer [TRADUCTION] « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure (*Hart, précité, le juge Duff, p. 630*). Cette exigence prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de ceux qui inviteraient les tribunaux à spéculer sur les intentions inexprimées des parties ou à imposer ce qui, a posteriori, semble être un arrangement judicieux, qu’auraient pu conclure les parties mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi. La compétence des tribunaux en equity se limite à exprimer en mots ce sur quoi — et uniquement ce sur quoi — les parties s’étaient déjà entendues verbalement.

41

The fourth hurdle is that all of the foregoing must be established by proof which this Court has variously described as “beyond reasonable doubt” (*Ship M. F. Whalen, supra, at p. 127*), or “evidence which leaves no ‘fair and reasonable doubt’” (*Hart, supra, at p. 630*), or “convincing proof” or “more than sufficient evidence” (*Augdome Corp. v. Gray, [1975] 2 S.C.R. 354, at pp. 371-72*). The modern approach, I think, is captured by the expression “convincing proof”, i.e., proof that may fall well short of the criminal standard, but which goes beyond the sort of proof that only reluctantly and

Le quatrième obstacle oblige à établir tous les éléments susmentionnés en apportant, conformément aux diverses façons dont notre Cour l’a décrite, une preuve [TRADUCTION] « au-delà de tout doute raisonnable » (*Ship M. F. Whalen, précité, p. 127*), une preuve [TRADUCTION] « qui ne laisse aucun “doute juste et raisonnable” » (*Hart, précité, p. 630*), une « preuve convaincante » ou une « preuve [. . .] plus que suffisante » (*Augdome Corp. c. Gray, [1975] 2 R.C.S. 354, p. 371-372*). Selon moi, l’approche moderne est bien décrite par l’expression « preuve convaincante », c.-à-d. une preuve qui peut être bien

with hesitation scrapes over the low end of the civil “more probable than not” standard.

Some critics argue that anything more demanding than the ordinary civil standard of proof is unnecessary (e.g., Waddams, *supra*, at para. 343), but, again, the objective is to promote the utility of written agreements by closing the “floodgate” against marginal cases that dilute what are rightly seen to be demanding preconditions to rectification.

It was formerly held that it was not sufficient if the evidence merely comes from the party seeking rectification. In *Ship M. F. Whalen*, *supra*, Duff J. (as he then was) said, at p. 127, “[s]uch parol evidence must be adequately supported by documentary evidence and by considerations arising from the conduct of the parties”. Modern practice has moved away from insistence on documentary corroboration (Waddams, *supra*, at para. 337; Fridman, *supra*, at p. 879). In some situations, documentary corroboration is simply not available, but if the parol evidence is corroborated by the conduct of the parties or other proof, rectification may, in the discretion of the court, be available.

It is convenient at this point to deal with the trial judge’s findings in relation to these traditional requirements. I will then turn to the appellants’ proposed fifth precondition — due diligence on the part of the plaintiff.

(1) The Existence and Content of the Prior Oral Agreement

The appellants’ principal argument against rectification is that the alleged prior oral agreement is void for uncertainty. Reliance is placed on *I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72, where rectification of an agreement to purchase a recreational vehicle park was refused because, *per* Finch J.A. (now C.J.B.C.), at para. 7, the parties never agreed on “the precise location of

inférieure à la norme applicable en matière criminelle, mais qui excède toutefois la preuve qui satisfait péniblement à la norme de la « prépondérance des probabilités » applicable en matière civile.

Certains critiques avancent qu’il est inutile de recourir à une norme de preuve plus exigeante que celle ordinairement applicable en droit civil (par exemple, Waddams, *op. cit.*, par. 343), mais une fois de plus, l’objectif est de renforcer l’utilité des ententes écrites en prévenant une « avalanche » d’affaires limites qui affaibliraient des exigences perçues à juste titre comme de rigoureux préalables à la rectification.

Il a déjà été jugé que la preuve était insuffisante si elle émanait seulement de la partie demandant la rectification. Dans l’arrêt *Ship M. F. Whalen*, précité, p. 127, le juge Duff a dit qu’[TRADUCTION] « [u]n tel témoignage oral doit être adéquatement étayé par des éléments de preuve documentaire et par des éléments résultant de la conduite des parties ». La pratique moderne a cessé d’insister sur la présentation d’éléments de preuve documentaire corroborants (Waddams, *op. cit.*, par. 337; Fridman, *op. cit.*, p. 879). Dans certains cas, il est tout simplement impossible d’apporter une telle preuve, mais si le témoignage oral est corroboré par la conduite des parties ou par une autre preuve, le tribunal peut, à son appréciation, accorder la rectification.

Il convient maintenant d’examiner les constatations du juge de première instance au sujet de ces exigences traditionnelles. Je me pencherai ensuite sur le cinquième préalable proposé par les appelants, à savoir l’exercice de diligence raisonnable par l’auteur de la demande.

(1) L’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure

L’argument principal des appelants à l’encontre de la rectification est que l’entente verbale antérieure est nulle pour cause d’incertitude. Ils invoquent l’arrêt *I.C.R.V. Holdings Ltd. c. Tri-Par Holdings Ltd.* (1994), 53 B.C.A.C. 72, dans lequel la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé d’accorder la rectification d’une convention d’achat d’un terrain de caravaning parce que, de

42

43

44

45

the eastern boundary”, and *Gordeyko v. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201 (Q.B.), where Stratton J. (as he then was) found the evidence uncertain about a notice period envisaged by the prior oral agreement. See also *Kerr v. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662 (N.B.S.C.). Appellants’ counsel quotes Lord Denning’s “pithy” observation that: “[a] mistake made by one party to the knowledge of the other is a ground for avoiding a contract, but not for making one” (*Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253 (C.A.), at p. 265).

46

I agree with the appellants that on this point the trial judge’s reasons are somewhat unsatisfactory, but this appears to be because the “uncertainty” argument now made against rectification was not before him. The issue of uncertainty of subject matter was raised neither in the pleadings nor at trial. The trial judge directed his reasons to the points that he believed were in controversy. As to the appellants’ new arguments, one may echo the words of James, V.C., in *Rumble v. Heygate* (1870), 18 W.R. 749 (Ch.), who said, at p. 750, that the objections to the agreement in that case on the basis of uncertainty of quantity of land and of its site “are mere shadows which vanish when examined by the light of common sense”.

47

The Court should attempt to uphold the parties’ bargain where the terms can be ascertained with a reasonable level of comfort, i.e., convincing proof. Here the trial judge predicated his award of compensatory damages on the finding that the optioned land could accommodate 58 single family houses located along the 480 yard length of the 18th fairway. There is no argument about the 480 yards. O’Connor himself plucked the 480 figure from the length of play listed on the Sylvan Lake Golf

l’avis du juge Finch (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique), les parties ne s’étaient jamais entendues sur [TRADUCTION] « l’emplacement précis de la limite est » (par. 7), et l’arrêt *Gordeyko c. Edmonton* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201 (B.R.), où le juge Stratton (plus tard juge à la Cour d’appel) a conclu au caractère incertain de la preuve relative au délai de préavis envisagé par l’entente verbale antérieure. Voir également l’affaire *Kerr c. Cunard* (1914), 16 D.L.R. 662 (C.S.N.-B.). L’avocat des appelants a cité l’observation « lapidaire » suivante de lord Denning : [TRADUCTION] « [l]’erreur commise par une partie, au su de l’autre, est un motif justifiant de résoudre un contrat, non d’en conclure un » (*Byrnlea Property Investments Ltd. c. Ramsay*, [1969] 2 Q.B. 253 (C.A.), p. 265).

Je reconnais avec les appelants que, sur ce point, les motifs du juge de première instance sont quelque peu insatisfaisants, mais cela semble s’expliquer par le fait qu’on ne lui avait pas présenté l’argument fondé sur « l’incertitude » plaidé devant nous à l’encontre de la rectification. La question de l’incertitude concernant l’objet n’a été soulevée ni dans les actes de procédure, ni au procès. Dans ses motifs, le juge de première instance s’est attaché aux points qu’il estimait litigieux. Relativement aux nouveaux arguments des appelants, il convient de rappeler les propos du vice-chancelier James dans *Rumble c. Heygate* (1870), 18 W.R. 749 (Ch.), où ce dernier a dit, à la p. 750, à l’égard des objections formulées dans cette affaire à l’encontre de la validité de l’entente, sur le fondement de l’incertitude caractérisant l’emplacement et la superficie des terrains, elles [TRADUCTION] « ne sont rien d’autre que des ombres qui se dissipent sous la lumière du sens commun ».

La Cour doit tenter de maintenir la validité du marché conclu par les parties lorsqu’il est possible d’en dégager les conditions avec un degré de certitude raisonnable, c.-à-d. si on présente une preuve convaincante. En l’espèce, le juge de première instance a fondé sa décision accordant des dommages-intérêts compensatoires sur la conclusion que le terrain visé par l’option permettait la construction de 58 maisons unifamiliales situées le long des 480 verges du 18^e trou. Personne ne conteste

Club score card. O'Connor's number for the width of the development (110) may also be accepted. The issue is whether the number was intended to express yards or feet. The trial judge appears to have concluded that the dispute about the depth of the residential development (which is all that divided the parties) came down to a simple choice between Bell's version (Plan A) and O'Connor's version (Plan B). Both plans were predicated on the length of the 18th fairway, namely 480 yards. Plan B, which O'Connor had described in the document, contemplated a single row of houses on a development plan 110 feet deep. Bell's Plan A was based on two rows of housing separated by a road allowance, in a configuration similar to that shown in the aerial photo of the Bayview development discussed by Bell and O'Connor at their December 16-17 meeting. Plan A called for a depth of about 110 yards. If Plan B's 110-foot depth is tripled to 110 yards, the acreage under option would be roughly tripled from about 3.6 acres (Plan B) to about 10.9 acres (Plan A), which accommodates the 58 lots plus the standard municipal road allowance. The problem in *I.C.R.V. Holdings, supra*, was that the parties never agreed on the boundary. Here the trial judge concluded that there *was* agreement even though the parties did not express themselves to each other in lawyerly language. This not infrequently happens: *Bloom v. Averbach*, [1927] S.C.R. 615, *per* Lamont J., at p. 621:

It is suggested that had the letters been handed to a lawyer to prepare a formal contract therefrom, he would not have been able to determine what assets were to be included in the term "building, machinery and fixtures," or what were to be covered by "stock, etc." It may be that he would not, but that is not the test. The test is, did the parties themselves clearly understand what was comprised in each. In other words were their minds *ad idem* as to these expressions? [Emphasis added.]

la longueur de 480 verges. O'Connor lui-même a tiré le chiffre 480 de la distance indiquée sur la carte de pointage utilisée au terrain de golf de Sylvan Lake. Le chiffre mentionné par O'Connor quant à la largeur du complexe (110) peut aussi être accepté. Il s'agit de décider si ce chiffre exprimait une profondeur en verges ou en pieds. Le juge de première instance semble avoir conclu que le différend au sujet de la profondeur du complexe domiciliaire (unique objet de désaccord entre les parties) se résumait à un simple choix entre la version de Bell (le « plan A ») et celle d'O'Connor (le « plan B »). Les deux plans étaient basés sur la longueur du 18^e trou, soit 480 verges. Le plan B, qu'O'Connor avait décrit dans le document, envisageait une seule rangée de maisons selon un plan d'aménagement de 110 *pieds* de profondeur. Le plan A de Bell envisageait deux rangées de maisons séparées par une emprise routière, selon un aménagement analogue à celui illustré par la photographie aérienne du complexe de Bayview dont Bell et O'Connor avaient discuté au cours de leur rencontre des 16 et 17 décembre. Suivant le plan A, la profondeur était d'environ 110 *verges*. Si la profondeur de 110 *pieds* du plan B était triplée, passant à 110 *verges*, le bien-fonds visé par l'option triplerait grosso modo de superficie, passant d'environ 3,6 acres (plan B) à environ 10,9 acres (plan A), et pourrait accueillir les 58 lots plus l'emprise routière municipale standard. Dans l'affaire *I.C.R.V. Holdings*, précitée, le problème était que les parties ne s'étaient jamais entendues sur les limites du bien-fonds. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il y *avait eu* accord, même si les parties ne s'étaient pas exprimées en jargon juridique. C'est une situation qui n'est pas rare : *Bloom c. Averbach*, [1927] R.C.S. 615, le juge Lamont, p. 621 :

[TRADUCTION] On prétend que, si les lettres avaient été remises à un avocat pour qu'il prépare un contrat formel à partir de celles-ci, il aurait été incapable de déterminer quels éléments d'actif devaient être inclus dans l'expression « bâtiments, matériel et accessoires fixes » ou ce qui était visé par les mots « stock, etc. » Peut-être n'aurait-il pas été capable de le faire, mais il ne s'agit pas du critère applicable. Voici quel est ce critère : Les parties elles-mêmes comprenaient-elles clairement ce qui était inclus dans chaque expression? En d'autres termes, y avait-il accord des volontés au sujet de ces expressions? [Je souligne.]

48 The trial judge thus found that the parties had made a verbal agreement with reference to a residential development along the 18th hole. It was more than an agreement to agree. He concluded that there was a definite project in a definite location to which O'Connor and Bell had given their definite assent.

49 Although the parties did not discuss a metes and bounds description, they were working on a defined development proposal. O'Connor cannot complain if the numbers he inserted in clause 18 (110 x 480) are accepted and confirmed. The issue, then, is the error created by his apparently duplicitous substitution of feet for yards in one dimension. We know the 480 must be yards because it measures the 18th fairway. If the 110 is converted from feet to yards, symmetry is achieved, certainty is preserved and Bell's position is vindicated.

(2) Fraud or Conduct Equivalent to Fraud

50 The notion of "*equivalent to fraud*" as distinguished from fraud itself, is often utilized where "the court is unwilling to go so far as to find actual knowledge on the side of the party seeking enforcement" (Waddams, *supra*, at para. 342). The trial judge had no such hesitation in this case. He characterized O'Connor's actions as "fraudulent, dishonest and deceitful" (para. 114).

51 The trial judge was persuaded not only of the terms of the prior oral agreement and of Bell's mistake but "beyond any reasonable doubt" of O'Connor's knowledge of that mistake. He states (at para. 79):

This court is satisfied beyond any reasonable doubt that O'Connor knew of Bell's mistake and he chose to permit Bell to sign it in the mistaken belief that it represented the verbal agreement. He did so with the full intention that he would in the future rely on the terms of the Agreement to thwart or reduce any plan by

Le juge de première instance a donc estimé que les parties s'étaient entendues verbalement à l'égard d'un complexe domiciliaire le long du 18^e trou. Il ne s'agissait pas d'un simple avant-contrat. Il a conclu à l'existence d'un projet défini et devant être réalisé à un endroit déterminé dont O'Connor et Bell avaient convenu précisément.

Bien que les parties n'aient pas discuté de la description technique des lieux, elles travaillaient à un projet d'aménagement défini. O'Connor ne saurait se plaindre du fait que les chiffres qu'il a inscrits à la clause 18 (110 x 480) sont acceptés et confirmés. La question, par conséquent, est l'erreur créée par sa substitution apparemment frauduleuse, relativement à une des dimensions, d'une mesure en pieds à une mesure en verges. Nous savons que le chiffre 480 désigne des verges puisqu'il correspond à la distance du 18^e trou. Si le chiffre 110 désigne non pas des pieds mais des verges, il y a alors symétrie des unités de mesure, la certitude est maintenue et la thèse de Bell est confirmée.

(2) Fraude ou conduite équivalant à fraude

La notion de conduite « *équivalant à fraude* », par opposition à la fraude en soi, est souvent utilisée lorsque [TRADUCTION] « le tribunal n'est pas convaincu que la partie qui demande l'exécution a réellement eu connaissance de l'erreur » (Waddams, *op. cit.*, par. 342). Le juge de première instance n'a aucunement hésité à conclure de la sorte en l'espèce. Il a qualifié les actions d'O'Connor de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives » (par. 114).

Non seulement le juge de première instance était-il convaincu des conditions de l'entente verbale antérieure ainsi que de l'erreur de Bell, mais il était également convaincu « hors de tout doute raisonnable » qu'O'Connor connaissait l'existence de cette erreur. Il a dit ceci, au par. 79 :

[TRADUCTION] La cour est convaincue hors de tout doute raisonnable qu'O'Connor connaissait l'existence de l'erreur de Bell et qu'il a choisi de laisser Bell signer la Convention alors que ce dernier croyait erronément que le document représentait l'entente verbale. Il a agi ainsi avec la nette intention d'invoquer

Bell to develop an increased area of the golf course for residential development.

O'Connor thus fraudulently misrepresented the written document as accurately reflecting the terms of the prior oral contract. He knew that Bell would not sign an agreement without the option for sufficient land to create the "Bayview" layout development with two rows of housing as specified in the prior oral contract. O'Connor therefore knew when Bell signed the document that he had not detected the substitution of 110 feet for 110 yards. O'Connor knowingly snapped at Bell's mistake "to thwart or reduce any plan by Bell to develop an increased area of the golf course for residential development". Bell's loss would be O'Connor's gain, as O'Connor (Performance) would come into sole ownership of the optioned land as of December 31, 1994.

Although on occasion the trial judge describes O'Connor's conduct as "equivalent to a fraud", and elsewhere he describes it as actual fraud, his reasons taken as a whole can only be characterized as a finding of actual fraud.

(3) Precise Terms of Rectification

It follows from the foregoing that "the precise form" in which the written document can be made to conform to the oral agreement would be simply to change the word "feet" in the phrase "one hundred ten (110) feet in width" to "yards".

(4) Existence of "Convincing Proof"

The trial judge made his key findings in respect of the prior oral agreement, Bell's unilateral mistake and O'Connor's knowledge of that mistake to a standard of "beyond any reasonable doubt".

ultérieurement les conditions de la Convention pour contrecarrer ou limiter tout projet de Bell d'affecter une partie plus grande du terrain de golf à la construction résidentielle.

O'Connor a donc fait une assertion inexacte et frauduleuse en laissant croire que l'écrit reflétait fidèlement les conditions prévues par l'entente verbale antérieure. Il savait que Bell ne signerait pas un accord ne comportant pas l'option d'acquérir suffisamment de terrain pour réaliser l'aménagement de type « Bayview » comptant deux rangées de maisons qui avait été précisé dans le contrat verbal antérieur. Par conséquent, O'Connor savait que, au moment où il a signé le document, Bell n'avait pas décelé la substitution de la mesure 110 pieds à la mesure 110 verges. O'Connor a sciemment profité de l'erreur de Bell pour [TRADUCTION] « contrecarrer ou limiter tout projet de Bell d'affecter une partie plus grande du terrain de golf à la construction résidentielle ». La perte de Bell se traduirait par un gain pour O'Connor, puisque ce dernier (Performance) allait devenir seul propriétaire du terrain visé par l'option le 31 décembre 1994.

Bien que, à certains endroits, le juge de première instance ait décrit la conduite d'O'Connor comme « équivalant à une fraude » alors qu'ailleurs il l'a qualifiée de véritable fraude, considérés globalement, ses motifs ne peuvent être caractérisés que comme une constatation de véritable fraude.

(3) Formulation précise de la rectification

Il ressort de ce qui précède que la [TRADUCTION] « façon précise » dont peut être formulé l'écrit pour qu'il soit conforme à l'entente verbale antérieure consiste simplement à remplacer le mot « pieds » par le mot « verges » dans la phrase [TRADUCTION] « cent dix (110) *pieds* de largeur ».

(4) Existence d'une « preuve convaincante »

C'est au regard de la norme de la preuve « hors de tout doute raisonnable » que le juge de première instance a tiré ses conclusions clés à l'égard de l'entente verbale antérieure, de l'erreur unilatérale de Bell et de la connaissance par O'Connor de cette erreur.

52

53

54

55

56 He also found that Bell's version of the verbal agreement was sufficiently corroborated on significant points by other witnesses (including his wife, his former partner, his lawyer and, subsequently, the development consultants), and documents (including his lawyer's notes and the plan of the Bayview Golf Course development discussed in mid-December 1989).

D. *Bell's Lack of Due Diligence*

57 The appellants seek, in effect, to add a fifth hurdle (or condition precedent) to the availability of rectification. A plaintiff, they say, should be denied such a remedy unless the error in the written document could not have been discovered with due diligence.

58 O'Connor says that Bell's failure to read clause 18 and note the mixture of yards and feet should be fatal to his claim because the Court ought not to assist businesspersons who are negligent in protecting their own interests. Alternatively, the effective cause of Bell's loss is not the fraudulent document but Bell's failure to detect the fraud when he had an opportunity to do so.

59 I agree that Bell, an experienced businessman, ought to have examined the text of clause 18 before signing the document. The terms of clause 18 were clear on their face (even though many readers might have misread a description of land that mixed units of measurement as clause 18 did here). He had time to review the document with his lawyer. He did so. Changes were requested. He did not catch the substitution of 110 feet for 110 yards; indeed, he says he did not read clause 18 at all.

60 The trial judge, at para. 76, accepted the evidence of Bell's lawyer who admitted that he had not directed his mind to the limitations of the size of the development parcel found in clause 18, nor had he made any note of bringing those to

Il a aussi conclu que la version donnée par Bell de l'entente verbale était suffisamment corroborée sur des aspects importants par d'autres témoins (dont son épouse, son ancien associé, son avocat et, par la suite, les consultants en aménagement) ainsi que par des documents (notamment les notes de son avocat et le plan du complexe du terrain de golf Bayview discuté vers la mi-décembre 1989).

D. *Le défaut de diligence raisonnable de Bell*

Dans les faits, les appelants cherchent à subordonner la rectification à un cinquième obstacle (ou préalable). Selon eux, cette réparation doit être refusée, sauf dans les cas où l'erreur que comporte l'écrit n'aurait pu être décelée même si l'intéressé avait fait preuve de diligence raisonnable.

O'Connor prétend que le fait que Bell n'ait pas lu la clause 18 et constaté qu'on y utilisait une mesure en verges et une autre en pieds devrait être fatal à sa demande, parce que la Cour ne devrait pas venir en aide aux gens d'affaires qui se montrent négligents dans la protection de leurs intérêts. Par ailleurs, il affirme que la cause réelle de la perte de Bell n'est pas le document frauduleux, mais l'omission de ce dernier de déceler la fraude quand il en a eu l'occasion.

Je reconnais que Bell, homme d'affaires expérimenté, aurait dû examiner le texte de la clause 18 avant de signer le document. Les termes de la clause 18 étaient clairs à première vue (encore que bien des gens auraient pu mal interpréter une description technique où sont utilisées diverses unités de mesure, comme c'est le cas à la clause 18 en l'espèce). Il a eu le temps d'examiner le document avec son avocat. Il l'a fait. Des modifications ont été demandées. Il n'a pas remarqué qu'on avait substitué 110 pieds à 110 verges; de fait, il dit ne pas avoir lu du tout la clause 18.

Au paragraphe 76 de ses motifs, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'avocat de Bell, qui a admis ne pas s'être attardé aux limites prévues à la clause 18 relativement à l'étendue de la parcelle devant être aménagée, ni s'être mis une

Bell's attention which would have been his normal practice.

He could offer no explanation for why he had not done so other than the fact that his focus on receipt of the Agreement signed by Bell was to ensure the completion and registration of documentation to facilitate the closing of [the purchase] on or before December 31, 1989. This court accepts the evidence offered by Mr. Hancock and that of Bell that they at no time discussed the description of property contained in clause 18.

It is undoubtedly true that courts ought to hold commercial entities to a reasonable level of due diligence in documenting their transactions. Otherwise, written agreements will lose their utility and commercial life will suffer. Rectification should not become a belated substitute for due diligence.

On the other hand, most cases of unilateral mistake involve a degree of carelessness on the part of the plaintiff. A diligent reading of the written document would generally have disclosed the error that the plaintiff, after the fact, seeks to have corrected. The mistaken party will often have failed to read the document entirely, or may have read it too hastily or without parsing each word. As the *American Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)* (1981) points out in its commentary under s. 157 ("Effect of Fault of Party Seeking Relief"), "since a party can often avoid a mistake by the exercise of such care, the availability of relief would be severely circumscribed if he were to be barred by his negligence". Comment B discusses "[f]ailure to read writing". "Generally, one who assents to a writing is presumed to know its contents and cannot escape being bound by its terms merely by contending that he did not read them; his assent is deemed to cover unknown as well as known terms." But this proposition is qualified by that Comment's further statement that the "exceptional rule" in s. 157 (which permits rectification or "reformation" of the contract) applies only where there has been an agreement that preceded the writing. "In such a case, a party's negligence in failing to read the writing

note lui rappelant de les porter à l'attention de M. Bell, comme il l'aurait fait normalement :

[TRADUCTION] Il n'a pu expliquer son omission de le faire autrement que par le fait que, après avoir reçu la Convention signée par Bell, il s'était concentré sur le parachèvement et l'enregistrement de la documentation pour faciliter la clôture de [l'acquisition] au plus tard le 31 décembre 1989. La cour accepte le témoignage de M. Hancock et celui de Bell portant qu'ils n'ont à aucun moment parlé de la description technique de la propriété figurant à la clause 18.

Il est incontestable que les tribunaux doivent exiger des entités commerciales qu'elles fassent preuve d'un niveau raisonnable de diligence lorsqu'elles constatent leurs opérations par écrit. Autrement, les contrats écrits perdront leur utilité et les échanges commerciaux en souffriront. La rectification ne doit pas devenir un substitut tardif à l'exercice de diligence raisonnable.

Par ailleurs, la plupart des affaires d'erreur unilatérale impliquent un certain manque de diligence de la part du demandeur. Une lecture attentive du texte du contrat aurait normalement permis de déceler l'erreur dont le demandeur sollicite, après coup, la correction. La partie invoquant l'erreur aura souvent omis de lire le document en entier ou bien elle l'aura lu trop rapidement ou sans en avoir bien pesé chaque mot. Comme on le souligne dans l'ouvrage américain *Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)* (1981), au commentaire accompagnant l'art. 157 (« Effect of Fault of Party Seeking Relief »), [TRADUCTION] « étant donné qu'une partie peut souvent éviter une erreur en faisant preuve d'une telle diligence, l'ouverture du recours serait gravement restreinte si la négligence de la partie l'empêchait d'exercer ce recours ». Le commentaire B traite de l'[TRADUCTION] « [o]mission de lire un écrit ». [TRADUCTION] « En règle générale, quiconque donne son assentiment à un écrit est présumé en connaître la teneur et ne peut se soustraire aux obligations qui lui incombent aux termes de ce document simplement en prétendant ne pas les avoir lus; son assentiment est réputé couvrir autant les clauses inconnues que les clauses connues. » Cette proposition est toutefois assortie de la réserve suivante, précisant que la [TRADUCTION] « règle

61

62

does not preclude reformation if the writing does not correctly express the prior agreement”.

63

One reason why the defence of contributory negligence or want of due diligence is not persuasive in a rectification case is because the plaintiff seeks no more than enforcement of the prior oral agreement to which the defendant has already bound itself.

64

The commentary in the American *Restatement* is consistent with the Canadian case law. For example, in *Beverly Motel (1972) Ltd. v. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757 (B.C.S.C.), the vendor signed documents, already signed by the purchaser, in the office of the purchaser’s solicitor that conveyed two lots, the single lot (with a motel) that the vendor had offered for sale and the adjacent residentially zoned vacant lot. Of that group of individuals, only the purchaser noted the error (on the day of signing) and he was “pleased and surprised” another lot had been included. He snapped at the offer but he had played no role in inducing the mistake. Gould J. conceded (at pp. 758-59), “[i]t is quite true that if they [the three shareholders of the vendor] had read the legal description in the documents with any care, they would have caught the error. Obviously they did not so read the legal description, and that is understandable, although careless, because they were with their own solicitor, present in the purchaser’s solicitor’s office, and both solicitors were obviously giving the impression that the final documents were in order and ready for signature”. Gould J. ordered that the second lot be conveyed back to the original vendor because it was “unfair, unjust or unconscionable” (p. 760) for the purchaser “to hold the legal advantage he ha[d] gained” (p. 759). Gould J. acknowledged that the presence of a solicitor can help explain why a party might not himself read the written document. In the present case, Bell left the documentation up to the lawyers without appreciating that he had given his lawyer

exceptionnelle » de l’art. 157 (laquelle permet la rectification ou la « réformation » du contrat) ne s’applique que lorsqu’une entente a précédé l’écrit. [TRADUCTION] « Dans un tel cas, la négligence dont a fait montre une partie en ne lisant pas l’écrit ne fait pas obstacle à la réformation de ce document s’il n’exprime pas adéquatement l’entente préalable ».

L’une des raisons pour lesquelles, dans les affaires de rectification, le moyen de défense fondé sur la négligence contributive ou le défaut de diligence raisonnable n’est pas convainquant est le fait que le demandeur ne réclame rien de plus que l’exécution de l’entente verbale antérieure par laquelle le défendeur était déjà lié.

Le commentaire formulé dans l’ouvrage américain *Restatement* est compatible avec la jurisprudence canadienne. Par exemple, dans *Beverly Motel (1972) Ltd. c. Klyne Properties Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 757 (C.S.C.-B.), le vendeur a signé, dans le bureau de l’avocat de l’acquéreur, des documents que ce dernier avait déjà signés et qui transféraient la propriété de deux lots, le lot particulier (avec un motel) que le vendeur avait offert en vente et le lot adjacent, qui était vacant et zoné résidentiel. De toutes ces personnes, seul l’acquéreur a (le jour de la signature) remarqué l’erreur et il était [TRADUCTION] « heureux et étonné » de voir qu’un autre lot avait été inclus dans l’opération. L’acquéreur, qui n’a pas manqué de saisir l’occasion, n’avait toutefois joué aucun rôle dans la création de cette erreur. Le juge Gould a reconnu (aux p. 758-759) qu’[TRADUCTION] « [i]l était vrai que s’ils [les trois actionnaires du vendeur] avaient fait un peu attention en lisant la description officielle dans les documents, ils auraient décelé l’erreur. Ils ne l’ont manifestement pas lue avec attention et, quoique leur omission témoigne d’un manque de la diligence, elle est compréhensible puisqu’ils étaient accompagnés de leur propre avocat, qui était présent dans le bureau de l’avocat de l’acquéreur, et que les deux avocats donnaient clairement l’impression que les documents définitifs étaient en règle et prêts à être signés ». Le juge Gould a ordonné la restitution du deuxième lot au vendeur original, car il était [TRADUCTION] « injuste, inéquitable ou abusif » (p. 760) de permettre « à

insufficient information to check O'Connor's figures. He had, at that time, no reason to question O'Connor's integrity.

If want of due diligence had been a good defence to rectification, relief would likely have been refused in *Big Quill Resources Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298, 2001 SKCA 31; *Stepps Investments, supra, per Grange J.*, at p. 362; *Prince Albert Credit Union v. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419 (Sask. Q.B.); *Montreal Trust, supra*, at p. 262; *Windjammer Homes Inc. v. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315 (B.C.S.C.).

E. Discretionary Relief

I conclude, therefore that due diligence on the part of the plaintiff is not a condition precedent to rectification. However, it should be added at once that rectification is an equitable remedy and its award is in the discretion of the court. The conduct of the plaintiff is relevant to the exercise of that discretion. In a case where the court concludes that it would be unjust to impose on a defendant a liability that ought more properly to be attributed to the plaintiff's negligence, rectification may be denied. That was not the case here.

F. Fraud

There is, on the facts of this case, a more fundamental reason why the appellants' complaint about Bell's lack of due diligence provides no defence. O'Connor did more than "snap" at a business partner's mistake. O'Connor undertook as part of the verbal agreement to have a document prepared that set out its terms. According to the

l'acquéreur » de conserver l'avantage juridique qu'il venait de recevoir » (p. 759). Le juge Gould a reconnu que la présence d'un avocat pourrait permettre d'expliquer pourquoi une partie peut ne pas avoir lu elle-même le texte d'un document. En l'espèce, Bell a laissé aux avocats le soin de s'occuper des documents, sans s'apercevoir qu'il n'avait pas donné suffisamment d'information à son propre avocat pour lui permettre de vérifier les chiffres d'O'Connor. Il n'avait, à l'époque, aucune raison de mettre en doute l'intégrité d'O'Connor.

Si le défaut de diligence raisonnable avait été un bon moyen de défense à l'encontre d'une demande en rectification, cette réparation aurait probablement été refusée dans les affaires *Big Quill Resources Inc. c. Potash Corp. of Saskatchewan* (2001), 203 Sask. R. 298, 2001 SKCA 31; *Stepps Investments, précitée*, le juge Grange, p. 362; *Prince Albert Credit Union c. Diehl*, [1987] 4 W.W.R. 419 (B.R. Sask.); *Montreal Trust, précitée*, p. 262; *Windjammer Homes Inc. c. Generation Enterprises* (1989), 43 B.L.R. 315 (C.S.C.-B.).

E. Réparation à caractère discrétionnaire

En conséquence, je conclus que la diligence raisonnable de la part du demandeur n'est pas un préalable au prononcé d'une ordonnance de rectification. Toutefois, je m'empresse d'ajouter que la rectification est une réparation en equity et que la décision de l'accorder ou non relève du pouvoir discrétionnaire de la cour. La conduite du demandeur est pertinente dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Lorsque le tribunal conclut qu'il serait injuste d'imputer au défendeur une responsabilité qu'il convient plutôt d'attribuer à la négligence du demandeur, il peut refuser d'ordonner la rectification. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

F. Fraude

À la lumière des faits de l'espèce, il existe une raison plus fondamentale expliquant pourquoi l'argument des appelants fondé sur le défaut de diligence raisonnable de Bell ne constitue pas un moyen de défense. O'Connor n'a pas fait que « saisir » l'occasion et profiter de l'erreur d'un associé commercial. Dans l'entente verbale

65

66

67

trial judge, he not only breached that term, it became part of his fraudulent scheme to have the document wrongly state the terms of the option, to fraudulently misrepresent to Bell that it did accurately set out their verbal agreement, to allow Bell to sign it when O'Connor knew Bell was mistaken in doing so, then to delay any response to Bell's development proposals (and thus bring the error to Bell's attention) until it was almost too late for the development to proceed. O'Connor admitted providing his lawyer with the erroneous metes and bounds description in clause 18. It should not, I think, lie in his mouth to say that he should not be responsible for what followed because his fraud was so obvious that it ought to have been detected.

antérieure, O'Connor s'était engagé à faire préparer un document qui en énoncerait les modalités. Selon le juge de première instance, non seulement O'Connor a-t-il violé cet engagement, mais en outre, dans le cadre de son stratagème frauduleux, il a fait en sorte que le document énonce erronément les modalités de l'option, il a laissé croire à Bell, de manière inexacte et frauduleuse, que le document reflétait adéquatement leur entente verbale, il a laissé Bell le signer tout en sachant que ce dernier commettait une méprise en le signant, puis il a tardé à répondre aux propositions d'aménagement de celui-ci (et ainsi évité d'attirer l'attention de ce dernier sur l'erreur) jusqu'à ce qu'il soit devenu presque trop tard pour que le projet de construction puisse être réalisé. O'Connor a admis avoir donné à son avocat la description technique erronée qui figure à la clause 18. À mon avis, il ne devrait pas être autorisé à plaider qu'il ne doit pas être tenu responsable de ce qui est survenu par la suite parce que sa fraude était tellement évidente qu'elle aurait dû être décelée.

68 “[F]raud ‘unravels everything’”: *Farah v. Barki*, [1955] S.C.R. 107, at p. 115 (Kellock J. quoting Farwell J. in *May v. Platt*, [1900] 1 Ch. 616, at p. 623).

[TRADUCTION] « La fraude “corrompt tout” » : *Farah c. Barki*, [1955] R.C.S. 107, p. 115 (le juge Kellock citant les propos du juge Farwell dans *May c. Platt*, [1900] 1 Ch. 616, p. 623).

69 The appellants' concept of a due diligence defence in a fraud case was rejected over 125 years ago by Lord Chelmsford L.C. who said, “when once it is established that there has been any fraudulent misrepresentation or wilful concealment by which a person has been induced to enter into a contract, it is no answer to his claim to be relieved from it to tell him that he might have known the truth by proper inquiry. He has a right to retort upon his objector, ‘You, at least, who have stated what is untrue, or have concealed the truth, for the purpose of drawing me into a contract, cannot accuse me of want of caution because I relied implicitly upon your fairness and honesty’”: *Central R. Co. of Venezuela v. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99, at pp. 120-21.

Le type de moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable que préconisent les appelants dans les affaires de fraude été rejeté dans les termes suivants, il y a plus de 125 ans, par le lord chancelier Chelmsford : [TRADUCTION] « dès qu'il est établi qu'il y a eu assertion inexacte et frauduleuse ou dissimulation intentionnelle ayant induit une personne à conclure un contrat, ne peut alors être opposé à la demande présentée par cette personne en vue d'être déliée du contrat l'argument que celle-ci aurait pu découvrir la vérité par un examen adéquat. Cette personne a le droit de répondre à son adversaire : “Vous, en particulier, qui avez déclaré des faussetés, ou avez caché la vérité, dans le but de m'inciter à conclure le contrat, ne pouvez m'accuser d'avoir manqué de prudence parce que je me suis fondé implicitement sur votre intégrité et votre honnêteté” » : *Central R. Co. of Venezuela c. Kisch* (1867), L.R. 2 H.L. 99, p. 120-121.

Lord Chelmsford's strictures were quoted and applied by Southin J. (as she then was) in *United Services Funds (Trustees of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322 (S.C.), where she observed that "[c]arelessness on the part of the victim has never been a defence to an action for fraud" (p. 335).

Once the plaintiff knows of the fraud, he must mitigate his loss but, until he knows of it, in my view, no issue of reasonable care or anything resembling it arises at law.

And, in my opinion, a good thing, too. There may be greater dangers to civilized society than endemic dishonesty. But I can think of nothing which will contribute to dishonesty more than a rule of law which requires us all to be on perpetual guard against rogues lest we be faced with a defence of "Ha, ha, your own fault, I fool you". Such a defence should not be countenanced from a rogue. [p. 336]

See also *Dalon v. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89 (B.C.S.C.). To the same effect is Spencer Bower and Turner, *The Law of Actionable Misrepresentation* (3rd ed. 1974), at p. 218:

A man who has told even an innocent untruth, by which he has induced another to alter his position, — much more one who has fraudulently lied with that object and result, — has debarred himself from ever complaining in a court of justice, any more than he could in a court of morals, that the representee acted on the faith of his misstatement in the manner in which he, the representor, intended that he should. He can never be heard to resent the fact that another believed the lie that was told for the very purpose of inspiring that belief, or plead as an excuse that, if the representee had not been such a fool as to trust such a knave, no harm would have been done.

The appellants having failed to establish that due diligence on the part of the plaintiff is a precondition to rectification, or to shake the trial judge's findings with respect to the traditional preconditions

Les restrictions énoncées par lord Chelmsford ont été citées et appliquées par madame le juge Southin (maintenant juge à la Cour d'appel) dans *United Services Funds (Trustee of) c. Richardson Greenshields of Canada Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322 (C.S.), où elle a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]a négligence de la victime ne constitue jamais un moyen de défense dans une action pour fraude » (p. 355).

[TRADUCTION] Dès que le demandeur prend connaissance de la fraude, il doit atténuer ses pertes, mais, à mon avis, tant qu'il n'en connaît pas l'existence, il ne se pose en droit aucune question concernant la diligence raisonnable ou quoi que ce soit d'autre s'y apparentant.

Et, à mon avis, il s'agit aussi d'une bonne chose. Il est bien possible que la société civilisée soit menacée par des périls beaucoup plus grands que la malhonnêteté endémique. Mais je ne vois rien qui contribuerait davantage à la malhonnêteté qu'une règle de droit qui exigerait que nous soyons continuellement sur nos gardes contre les escrocs, au risque de nous faire répondre, en défense : « Ah! Ah! c'est de votre faute si je vous ai trompé ». Un tel moyen de défense ne devrait pas pouvoir être invoqué par un escroc. [p. 336]

Voir également *Dalon c. Legal Services Society (British Columbia)* (1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89 (C.S.C.-B.). Dans leur ouvrage *The Law of Actionable Misrepresentation* (3^e éd. 1974), p. 218, les auteurs Spencer Bower et Turner abondent dans le même sens :

[TRADUCTION] Celui qui a fait un mensonge, même innocent, par lequel il a amené autrui à changer d'avis — a fortiori celui qui a frauduleusement menti à cette fin et avec un résultat semblable —, s'est à jamais privé lui-même du droit de faire valoir devant une cour de justice, tout autant que devant un tribunal de moralité, que la personne induite en erreur a agi sur la foi de son mensonge de la façon dont lui, l'auteur, entendait qu'elle le fasse. Il ne saurait jamais être admis à se plaindre du fait que l'autre personne a cru le mensonge qui lui a été fait dans le but même de lui inspirer cette conviction, ou de plaider, comme excuse, que si la personne induite en erreur n'avait pas été assez stupide pour faire confiance à un fripon de son espèce, il n'y aurait pas eu de préjudice.

Comme les appelants n'ont pas réussi à établir que la diligence raisonnable de la part de la demanderesse constitue un préalable à la rectification, ni à ébranler le bien-fondé des conclusions du juge de

discussed above, their appeal on the rectification issues must be rejected.

G. Damages in Lieu of Rectification

72

The trial judge awarded \$620,100 in compensatory damages representing the loss of profit on a fully built residential development on the 18th fairway. The appellants argue that damages should be limited to the difference between the market value of the land and the option price of \$400,000. They say compensatory damages should not include the “reasonably expected profit” from a 58-lot housing development.

73

The finding of fact is, however, that the parties specifically contemplated (even on O’Connor’s evidence) that the optioned land would be put to the use of residential housing. Damages for breach of the contract, as rectified, therefore must include losses flowing from the special circumstances known to the parties at the time they made their contract: *Brown & Root Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] S.C.R. 642, at p. 648; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Burrard Drydock Co. v. Canadian Union Line Ltd.*, [1954] S.C.R. 307; *Corbin v. Thompson* (1907), 39 S.C.R. 575; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 655. In *New Horizon Investments Ltd. v. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268 (B.C.S.C.), Nemetz C.J.B.C. observed, at pp. 272-73:

[T]he plaintiff’s damages should be assessed by reference to the profits which both parties contemplated the plaintiff would make but for the breach. It is not necessary that this contemplation include a precise pre-estimate or calculation of these losses, only a “. . . contemplation of circumstances which embrace the head or type of damage in question”.

première instance à l’égard des préalables traditionnels examinés précédemment, leur pourvoi doit être rejeté relativement aux questions touchant à la rectification.

G. Dommages-intérêts accordés en lieu et place de la rectification

Le juge de première instance a accordé, au titre des dommages-intérêts compensatoires, une somme de 620 100 \$ représentant la perte des profits qu’aurait permis de réaliser la construction complète d’un complexe domiciliaire au 18^e trou. Les appelants prétendent que les dommages-intérêts devraient se limiter à la différence entre la valeur marchande du terrain et le prix de l’option, prix établi à 400 000 \$. Ils font valoir que les dommages-intérêts compensatoires ne devraient pas comprendre [TRADUCTION] « le profit qu’on pouvait raisonnablement s’attendre à tirer » d’un ensemble résidentiel de 58 lots.

La conclusion de fait est toutefois que les parties ont expressément envisagé (même le témoignage d’O’Connor en fait foi) que les terrains visées par l’option seraient affectés à la construction domiciliaire. Les dommages-intérêts accordés pour la rupture du contrat rectifié doivent par conséquent inclure les pertes découlant des circonstances particulières connues des parties au moment où elles ont conclu le contrat : *Brown & Root Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.*, [1967] R.C.S. 642, p. 648; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Burrard Drydock Co. c. Canadian Union Ligne Ltd.*, [1954] R.C.S. 307; *Corbin c. Thompson* (1907), 39 R.C.S. 575; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 655. Dans *New Horizon Investments Ltd. c. Montroyal Estates Ltd.* (1982), 26 R.P.R. 268 (C.S.C.-B.), le juge en chef Nemetz a dit ceci, aux p. 272-273 :

[TRADUCTION] [L]es dommages-intérêts de la demanderesse doivent être établis en fonction des profits que les deux parties avaient estimé pouvoir être tirés par la demanderesse, n’eût été la rupture du contrat. Il n’est pas nécessaire que ces prévisions comprennent une estimation ou un calcul précis de ces pertes, seulement « [. . .] qu’on tienne compte des circonstances visant le chef ou type de dommage en question ».

The appellants then contend that even if the trial judge selected the correct measure of damages, he ought to have applied a higher discount for contingencies, particularly the contingencies that (1) Sylvan (Bell) lacked the financial resources to exercise the option and fund the project, and (2) the project could not in any event have been completed by the end of 1994, as required. In essence, they argue that in assessing damages, the court must discount the value of the chance of profit by the improbability of its occurrence, and call in aid the observation of Crocket J. in *Kinkel v. Hyman*, [1939] S.C.R. 364, at p. 383:

For my part, I can find no authority . . . justifying any court in awarding any more than a nominal sum as damages for the loss of a mere chance of possible benefit except upon evidence proving that there was some reasonable probability of the plaintiff realizing therefrom an advantage of some real substantial monetary value.

It is at this point, I think, that the appellants' argument runs afoul of the rule against raising new fact-based issues on appeal. The trial judge has found as a fact that the respondent contracted for the opportunity to build a residential development on about 10.9 acres of prime land. It was wrongfully deprived of that opportunity. The trial judge set out to assess the value of that lost opportunity (which was, of course, potentially worth considerably less than a certainty). The appellants' trial counsel took little issue with the damages claim as advanced by Sylvan, and did not adduce much of an evidentiary record to the contrary, whether by calling his own witnesses, or through cross-examination of the respondent's witnesses, to challenge significantly the expert evidence of Trough and others. Trough may have been overly optimistic and his figures generous, but his evidence was uncontradicted.

Les appelants font ensuite valoir que, même en supposant que le juge de première instance ait choisi la bonne méthode de calcul des dommages-intérêts, celui-ci aurait dû soustraire des sommes plus élevées au titre des éventualités, en particulier les éventualités suivantes : (1) Sylvan (Bell) ne disposait pas des ressources financières requises pour lever l'option et financer le projet; (2) le projet n'aurait pu de toute façon être complété avant la fin de 1994, comme cela était stipulé. Essentiellement, ils prétendent que, dans la détermination des dommages-intérêts, le tribunal doit soustraire de la valeur d'une possibilité de réaliser un bénéfice une somme correspondant à l'improbabilité que cette possibilité se concrétise, et ils invoquent à cette fin l'observation faite par le juge Crocket dans l'arrêt *Kinkel c. Hyman*, [1939] R.C.S. 364, p. 383 :

[TRADUCTION] Quant à moi, je ne puis trouver aucune décision [. . .] justifiant un tribunal d'accorder plus qu'une somme symbolique en dommages-intérêts pour la perte d'une simple occasion de réaliser un bénéfice possible, sauf preuve établissant l'existence d'une probabilité raisonnable que la demanderesse tire de cette occasion un avantage ayant quelque valeur pécuniaire substantielle.

C'est ici, selon moi, que l'argument des appelants va à l'encontre de la règle qui interdit de soulever, en appel, de nouvelles questions basées sur les faits. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que l'intimée avait contracté en vue d'obtenir la possibilité de construire un complexe domiciliaire sur environ 10,9 acres de terrain de premier ordre. Elle a été injustement privée de cette possibilité. Le juge de première instance a entrepris de déterminer la valeur de cette possibilité perdue (qui, bien sûr, valait considérablement moins qu'une certitude). L'avocat ayant occupé pour les appelants en première instance ne s'est pas vraiment opposé à la demande de dommages-intérêts présentée par Sylvan, et il n'a pas présenté beaucoup d'éléments de preuve tendant à en réfuter le bien-fondé, soit en appelant ses propres témoins soit en contre-interrogeant ceux de l'intimée afin de contester vigoureusement le témoignage d'expert donné par M. Trough et d'autres témoins. Il est bien possible que M. Trough ait été excessivement optimiste et ses chiffres généreux, mais son témoignage n'a pas été contredit.

76 The Alberta Court of Appeal characterized the compensatory award as “substantial and generous” (para. 29) but concluded that: “Despite our reservations, we are not prepared to interfere with the award of damages in this case” (para. 27). In the absence of an error of principle, or a factual record that supports the appellants’ criticisms, this Court ought not to interfere with the concurrent findings in the Alberta courts on the amount of compensatory damages.

H. *Should the Award of Punitive Damages Be Restored?*

77 The respondent in its cross-appeal seeks restoration of the \$200,000 award of punitive damages disallowed by the Alberta Court of Appeal. Principles concerning the award and assessment of punitive damages were canvassed at the hearing of this appeal, heard the same day as *Whiten, supra*, reasons in which are released concurrently.

78 It is sufficient to apply the principles developed in *Whiten* without repeating the underlying analysis.

79 Punitive damages are awarded against a defendant in exceptional cases for “malicious, oppressive and high-handed” misconduct that “offends the court’s sense of decency”. The test thus limits the award to misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour: *Whiten, supra*, at para. 36, and *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196.

80 The misconduct found against O’Connor was his contemptuous disregard for Bell’s rights under the verbal agreement of December 1989, together with his subsequent use of the written document (which he knew misstated their verbal agreement) leading up to and including court proceedings filed January 4, 1995, to obtain possession of the golf

La Cour d’appel de l’Alberta a qualifié de [TRADUCTION] « substantiels et généreux » (par. 29) les dommages-intérêts compensatoires accordés en l’espèce, mais elle a conclu ainsi, à cet égard : [TRADUCTION] « [m]algré nos réserves, nous ne sommes pas disposés à modifier les dommages-intérêts en l’espèce » (par. 27). En l’absence d’erreur de principe ou d’éléments factuels qui appuieraient les critiques formulées par les appelants, notre Cour ne devrait pas modifier les conclusions concordantes des tribunaux de l’Alberta sur le montant des dommages-intérêts compensatoires.

H. *Y a-t-il lieu de rétablir la décision accordant les dommages-intérêts punitifs?*

Dans son pourvoi incident, l’intimée demande le rétablissement de la décision lui accordant des dommages-intérêts punitifs de 200 000 \$ qu’a annulée la Cour d’appel de l’Alberta. Les principes régissant l’opportunité d’accorder de tels dommages-intérêts et la détermination de leur quantum ont été débattus à l’audition du présent pourvoi, qui a été entendu le même jour que l’affaire *Whiten*, précitée, dont les motifs ont été déposés en même temps que les présents motifs.

Il suffit d’appliquer les principes élaborés dans l’arrêt *Whiten*. Il n’est pas nécessaire de refaire l’analyse qui les sous-tend.

Exceptionnellement, des dommages-intérêts punitifs sont accordés lorsqu’une conduite « malveillante, opprimante et abusive [. . .] choque le sens de la dignité de la cour ». Ce critère limite en conséquence de tels dommages-intérêts aux seules conduites répréhensibles représentant un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable : *Whiten*, précité, par. 36, et *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196.

La conduite répréhensible reprochée à O’Connor fut l’indifférence éhontée qu’il a manifestée à l’égard des droits accordés à Bell par l’entente verbale de décembre 1989, et l’utilisation qu’il a faite ultérieurement de l’écrit (qui, savait-il, ne reflétait pas fidèlement leur entente verbale) jusqu’au dépôt de l’action en justice le 4 janvier 1995, en vue

course property and thereby to destroy the value of Bell's option to develop the agreed-upon residential project.

Torts such as deceit or fraud already incorporate a type of misconduct that to some extent "offends the court's sense of decency" and which "represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour", yet not all fraud cases lead to an award of punitive damages.

O'Connor's fraud was a condition precedent to Bell's successful claim to rectification, for which his company will now receive compensatory damages of \$620,100. Payment of \$620,100 hurts. The question is whether *more* punishment is rationally required by way of retribution, deterrence or denunciation (*Whiten, supra*, at para. 43).

Whiten emphasizes that defendants should have "advance notice of the charge sufficient to allow them to consider the scope of their jeopardy as well as the opportunity to respond to it" (*Whiten, supra*, at para. 86). Here, punitive damages in the sum of \$1,020,100 were expressly sought in the Amended Amended Statement of Claim and the basis for the claim was "disgorgement of the profits the Defendants will enjoy as a result of the [plaintiff's] unilateral mistake". The trial judge, as stated, awarded \$200,000 in punitive damages.

The applicable standard of appellate review for "rationality" was articulated by Cory J. in *Hill, supra*, at para. 197:

Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. In other words, was the misconduct of the defendant

de s'approprier le terrain de golf et ainsi réduire à néant la valeur de l'option accordant à Bell la faculté de construire le complexe domiciliaire convenu.

Les délits comme le dol ou la fraude intègrent déjà un type de conduite répréhensible qui, jusqu'à un certain point, « choque le sens de la dignité de la cour » et « représent[e] un écart marqué par rapport aux normes ordinaires en matière de comportement acceptable ». Pourtant les affaires de fraude ne donnent pas toutes lieu à une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs.

La fraude d'O'Connor était un préalable au succès de la demande en rectification de Bell, dont la société recevra maintenant la somme de 620 100 \$ en dommages-intérêts compensatoires. Le fait de devoir payer 620 100 \$ est une punition qui fait mal. Il reste à se demander si une punition *additionnelle* est rationnellement requise pour satisfaire aux objectifs de châtement, de dissuasion ou de dénonciation (*Whiten, précité*, par. 43).

Dans l'arrêt *Whiten*, on souligne que tout défendeur doit « être informé suffisamment à l'avance de ce qu'on lui reproche afin de pouvoir apprécier l'ampleur du risque qu'il court et d'avoir la possibilité de répliquer » (*Whiten, précité*, par. 86). En l'espèce, la déclaration modifiée réclamait expressément des dommages-intérêts punitifs de 1 020 100 \$, dont le fondement était la [TRADUCTION] « remise des profits que les défendeurs tireront par suite de l'erreur unilatérale [de la demanderesse] ». Comme il a été mentionné plus tôt, le juge de première instance a accordé la somme de 200 000 \$ au titre des dommages-intérêts punitifs.

Dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 197, le juge Cory a décrit ainsi la norme de contrôle applicable pour l'appréciation de la « rationalité » :

Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif

81

82

83

84

so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence?

85 *Whiten* affirms that “[t]he ‘rationality’ test applies both to the question of whether an award of punitive damages should be made at all, as well as to the question of its quantum” (para. 101).

86 I agree with the Alberta Court of Appeal that the award of punitive damages in this case does not serve a rational purpose.

87 O’Connor’s fraud was, of course, reprehensible. Indeed, fraud is generally reprehensible, but only in exceptional cases does it attract punitive damages. In this case, the trial judge, at para. 109, thought punishment above and beyond the payment of generous compensatory damages was required for two reasons, namely that O’Connor’s actions (1) “demand an award which will stand as an example to others” and (2) “at the same time assure that O’Connor does not unduly profit from his conduct”. These are both legitimate objectives for the award of punitive damages (*Whiten, supra*, at paras. 43 and 111). However, it must be kept in mind that an award of punitive damages is rational “if, but only if” compensatory damages do not adequately achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation.

88 This was a commercial relationship between two businessmen. One tried to pull a fast one on the other. There was no abuse of a dominant position. O’Connor’s misconduct was planned and deliberate and he persisted in it over a period of four and a half years, but in the end the courts did their work and Bell obtained full compensation plus costs on a solicitor-client basis, all of which undoubtedly had a punitive effect on O’Connor. In addition, O’Connor is stigmatized with a judicial finding (now upheld by two appellate courts) that he acted in a way that

rationnel. En d’autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu’il était rationnellement nécessaire d’accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

L’arrêt *Whiten* confirme que « [l]e critère de la “rationalité” s’applique tant pour statuer sur l’opportunité des dommages-intérêts punitifs que sur leur quantum » (par. 101).

Je souscris à la conclusion de la Cour d’appel de l’Alberta selon laquelle la décision d’accorder des dommages-intérêts punitifs en l’espèce ne sert aucun objectif rationnel.

La fraude commise par O’Connor était, bien sûr, répréhensible. D’ailleurs, la fraude est généralement une conduite répréhensible, mais ce n’est que dans des circonstances exceptionnelles qu’elle commande des dommages-intérêts punitifs. En l’espèce, le juge de première instance a estimé qu’une punition additionnelle s’imposait en sus du paiement de dommages-intérêts compensatoires généreux, et ce pour deux raisons, à savoir que les actions d’O’Connor (1) [TRADUCTION] « commandent une condamnation à une somme qui aura valeur d’exemple » et (2) « en même temps fera en sorte qu’O’Connor ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Il s’agit là de deux objectifs légitimes d’une condamnation au paiement de dommages-intérêts punitifs (*Whiten*, précité, par. 43 et 111). Il faut toutefois se rappeler qu’une décision accordant des dommages-intérêts punitifs n’est rationnelle que « si, mais seulement si » les dommages-intérêts compensatoires ne permettent pas de donner effet adéquatement aux objectifs de châtement, de dissuasion et de dénonciation.

En l’espèce, il s’agissait de relations commerciales entre deux hommes d’affaires, dont l’un a tenté de rouler l’autre. Il n’y a pas eu abus de position dominante. La conduite d’O’Connor était préméditée et délibérée, et elle a persisté pendant une période de quatre ans et demi. En fin de compte, les tribunaux ont rempli leur rôle et Bell a été pleinement indemnisé, en plus de se voir adjuger les dépens sur la base procureur-client, décisions qui, globalement, ont sans aucun doute eu un effet punitif sur O’Connor. De plus, ce dernier est stigmatisé

was “fraudulent, dishonest and deceitful”. His conduct has been soundly denounced and he has been required personally to pay a large amount of money in compensation. The respondent is unable to identify any aggravating circumstances that would not be present in almost any case of business fraud except that O’Connor was found to have behaved abominably in the conduct of the litigation. However, as stated, the trial judge excluded this consideration from the award of punitive damages because he identified it as the basis for his award of solicitor-client costs.

The trial judge’s second reason for punitive damages was to ensure that O’Connor “[did] not unduly profit from his conduct” (para. 109). But in fact O’Connor did not profit at all from his misconduct. The source of his development profits was the prior oral contract. Whatever Performance (O’Connor) made after paying \$620,100 compensatory damages to the respondent rightfully belonged to them under the terms of the (rectified) agreement. As discussed earlier, the verbal agreement of December 1989 contemplated that after five years, O’Connor’s company, Performance, would acquire the golf club lands (minus the optioned lands if the option had been exercised) to develop as it wished for its own account. While on the whole O’Connor’s conduct in this matter was found to be reprehensible, his behaviour also had some redeeming qualities. Early on in the project, for example, O’Connor picked up Bell’s share of mortgage interest when Bell was not able to afford to contribute the amount that he had agreed to pay. The conflict between Bell and O’Connor should not be caricatured as a battle between good and evil.

It may be true, as the trial judge found, that O’Connor’s profits on the balance of lands not

d’une décision judiciaire (maintenant confirmée par deux tribunaux d’appel) ayant qualifié ses actions de [TRADUCTION] « frauduleuses, malhonnêtes et dolosives ». Sa conduite a été sévèrement dénoncée et il a été condamné personnellement à verser une indemnité considérable. L’intimée est incapable de mentionner quelque circonstance aggravante qu’on ne retrouve pas dans la plupart des affaires de fraude commerciale, outre le fait qu’il a été jugé qu’O’Connor s’était comporté de façon abominable pendant le déroulement de l’instance. Toutefois, comme il a été indiqué précédemment, le juge de première instance n’a pas tenu compte de cette considération dans sa décision accordant les dommages-intérêts punitifs, puisqu’elle avait servi de fondement à sa décision adjugeant les dépens sur la base procureur-client.

La deuxième raison invoquée par le juge de première instance pour justifier les dommages-intérêts punitifs était de faire en sorte qu’O’Connor « ne profite pas indûment de sa conduite » (par. 109). Mais en fait, O’Connor n’a aucunement profité de sa conduite répréhensible. La source de ses profits liés au projet d’aménagement était le contrat verbal. Tout profit réalisé par les appelants Performance et O’Connor après paiement à l’intimée de la somme de 620 100 \$ au titre des dommages-intérêts compensatoires leur revenait de plein droit en vertu des conditions de la Convention (rectifiée). Comme on l’a vu plus tôt, l’entente verbale de décembre 1989 prévoyait que, au terme d’une période de cinq ans, la société d’O’Connor, Performance, acquerrait les terrains formant le club de golf (moins ceux visés par l’option si celle-ci était levée), qu’elle pourrait alors aménager à son gré pour son propre compte. Bien que, dans l’ensemble, la conduite d’O’Connor en l’espèce ait été jugée répréhensible, son comportement ne fut pas entièrement dénué d’aspects positifs. Au tout début du projet, par exemple, O’Connor a assumé la quote-part de Bell aux intérêts du prêt hypothécaire quand ce dernier a cessé d’être en mesure de contribuer la somme qu’il s’était engagé à payer. Le conflit opposant Bell et O’Connor ne devrait pas être dépeint caricaturalement comme une bataille entre le bien et le mal.

Il se peut, comme a estimé le juge de première instance, que les profits d’O’Connor sur les terrains

subject to the option will “recover all or more of the amount of damage for loss of profit awarded against him in favour of Bell” (para. 109), but, with respect, that is not a rational reason to punish O’Connor further. Those profits are not the fruit of misconduct directed at Bell.

non visés par l’option lui permettent [TRADUCTION] « de recouvrer la totalité des dommages-intérêts qu’il a été condamné à payer à Bell au titre du manque à gagner, ou une somme plus grande encore » (par. 109) mais, en toute déférence, cela ne constitue pas une justification rationnelle pour punir O’Connor davantage. Ces profits ne sont pas le fruit d’une conduite répréhensible visant Bell.

91 Finally, the assessment of \$200,000 coincides with the payment that Sylvan (Bell) was obliged to pay in order to exercise the option, and which the trial judge properly took into account in his assessment of compensatory damages. This figure has no rational relationship to the appellants’ potential development profits on the balance of the golf course land, on which there was no evidence. Moreover, it is a payment that the appellants, under the rectified agreement, were entitled to keep.

Enfin, la somme de 200 000 \$ coïncide avec celle que Sylvan (Bell) était tenue de verser pour lever l’option et dont le juge de première instance a à juste titre tenu compte dans la détermination des dommages-intérêts compensatoires. Ce chiffre n’a aucun lien rationnel avec les profits susceptibles d’être tirés par les appelants de la réalisation d’activités d’aménagement sur le reste des terrains du parcours de golf, profits au sujet desquels aucune preuve n’a été produite. De plus, il s’agissait d’un paiement que les appelants avaient le droit de conserver en vertu de la Convention rectifiée.

92 As pointed out in *Whiten, supra*, at paras. 98 and 100, and *Hill, supra*, at para. 197, punitive damages are not “at large”, and both the award and the assessment of quantum must meet the test of rationality. In this case, with respect, neither the punitive damages award nor the \$200,000 assessment survives that test.

Comme il a été mentionné dans l’arrêt *Whiten*, précité, par. 98 et 100, ainsi que dans l’arrêt *Hill*, précité, par. 197, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas des dommages-intérêts « généraux », et l’opportunité d’accorder de tels dommages-intérêts ainsi que la détermination de leur quantum doivent satisfaire au critère de la rationalité. En toute déférence, en l’espèce ni la décision accordant des dommages-intérêts punitifs ni la somme de 200 000 \$ ne satisfont à ce critère.

IV. Conclusion

IV. Conclusion

93 I would therefore dismiss the appeal and cross-appeal both with costs on a party-and-party basis.

Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens sur la base partie-partie dans les deux cas.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

94 LEBEL J. — Subject to my comments on punitive damages in *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, I agree with Binnie J.’s reasons. I would dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests. Rectification of the contract was properly ordered, but punitive

LE JUGE LEBEL — Sous réserve des commentaires que j’ai faits sur la question des dommages-intérêts punitifs dans le pourvoi connexe *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, je souscris aux motifs du juge Binnie en l’espèce. Je trancherais le pourvoi principal et le pourvoi

damages would fulfill no rational purpose in this case.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Fraser Milner Casgrain, Calgary.

incident de la manière qu'il suggère. C'est à juste titre que la rectification du contrat a été ordonnée, mais des dommages-intérêts punitifs ne serviraient aucune fin rationnelle dans la présente affaire.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Fraser Milner Casgrain, Calgary.

Laura Bannon *Appellant*

v.

**Corporation of the City of Thunder
Bay** *Respondent*

INDEXED AS: BANNON v. THUNDER BAY (CITY)

Neutral citation: 2002 SCC 20.

File No.: 27985.

2002: February 21.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Limitation of actions — Action against municipalities — Plaintiff injured when falling on sidewalk — Plaintiff hospitalized and prescribed medication — Plaintiff successfully suing municipality for damages for gross negligence even though she had failed to provide written notice of her claim to municipality within statutorily required seven days — Trial judge finding that plaintiff was physically and mentally incapable to comply with notice requirement — Court of Appeal allowing municipality's appeal — Court of Appeal wrongly interfering with trial judge factual findings relating to medical evidence of plaintiff's incapacity — Trial judgment restored — Meaning of expression "unsound mind" in s. 47 of Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15.

Statutes and Regulations Cited

Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 47.

Municipal Act, R.S.O. 1990, c. M.45.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 48 O.R. (3d) 1, 185 D.L.R. (4th) 690, 131 O.A.C. 265, 9 M.P.L.R. (3d) 165, [2000] O.J. No. 1368 (QL), setting aside a decision of the Ontario Court (General Division) (1998), 47 M.P.L.R. (2d) 170, [1998] O.J. No. 3569 (QL),

Laura Bannon *Appelante*

c.

**Corporation de la Ville de Thunder
Bay** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BANNON c. THUNDER BAY (VILLE)

Référence neutre : 2002 CSC 20.

N^o du greffe : 27985.

2002 : 21 février.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et LeBel.

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

Prescription — Action intentée contre une municipalité — Demanderesse blessée à la suite d'une chute sur un trottoir — Demanderesse hospitalisée et se faisant prescrire un médicament — Demanderesse intentant avec succès contre une municipalité une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence grave malgré son défaut de donner à la municipalité un avis écrit de sa réclamation à l'intérieur du délai de sept jours prescrit par la loi — Juge de première instance concluant que la demanderesse était physiquement et mentalement incapable de donner l'avis requis — Appel de la municipalité accueilli par la Cour d'appel — Cour d'appel modifiant à tort les conclusions de fait du juge de première instance concernant la preuve médicale de l'incapacité de la demanderesse — Jugement de première instance rétabli — Sens de l'expression « faible d'esprit » figurant à l'art. 47 de la Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15.

Lois et règlements cités

Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 47.

Loi sur les municipalités, L.R.O. 1990, ch. M.45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 48 O.R. (3d) 1, 185 D.L.R. (4th) 690, 131 O.A.C. 265, 9 M.P.L.R. (3d) 165, [2000] O.J. No. 1368 (QL), qui a annulé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 47 M.P.L.R. (2d) 170, [1998] O.J. No. 3569 (QL), qui

allowing the plaintiff's action for damages for gross negligence. Appeal allowed.

W. Danial Newton and Erik S. Knutsen, for the appellant.

Stephen J. Wojciechowski, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — The Ontario Court of Appeal correctly pointed out that the trial judge did not consider s. 47 of the *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15. In this connection, in our opinion, “unsound mind” as provided in s. 47 means in context lack of mental capacity from whatever source to perform the requisite steps called for by the *Limitations Act* or the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45. The Court of Appeal found that the trial judge applied the correct legal standard to determine the capacity of the appellant but reversed the trial judge on his factual findings. However, we believe the Court of Appeal wrongly interfered with the factual findings of the trial judge relating to the medical evidence of the appellant's incapacity, the apparent contradictory testimony of the appellant, the evidence of a low tolerance for medication of the appellant, and the absence of any notation in the hospital records that the appellant was suffering from unusual grogginess or inattentiveness.

Looking at all the record in this case, we are of the opinion that, while there may be questions raised as to the trial judge's findings, they do not amount to palpable and overriding error to attract appellate intervention.

With respect to the period of January 6 through January 9, 1996, based on the entire record, it is open to find a lack of mental capacity to perform the legal act of giving the notice required by the *Municipal Act*. Although the trial judge made no finding of incapacity for that four-day period, he did

avait accueilli l'action de la demanderesse visant à obtenir des dommages-intérêts pour cause de négligence grave. Pourvoi accueilli.

W. Danial Newton et Erik S. Knutsen, pour l'appelante.

Stephen J. Wojciechowski, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — La Cour d'appel de l'Ontario a souligné, à juste titre, que le juge de première instance n'avait pas pris en considération l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15. À ce sujet, nous estimons que l'expression « faible d'esprit » à l'art. 47 s'entend, dans le contexte qui nous intéresse, de l'incapacité mentale, due à quelque cause que ce soit, de prendre les mesures requises par la *Loi sur la prescription des actions* ou la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45. La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait appliqué la bonne norme juridique pour déterminer la capacité de l'appelante, mais elle a infirmé les conclusions de fait qu'il a tirées. Cependant, nous croyons que la Cour d'appel a eu tort de modifier les conclusions de fait du juge de première instance concernant la preuve médicale de l'incapacité de l'appelante, le témoignage apparemment contradictoire de celle-ci, la preuve de sa faible tolérance à un médicament et l'absence, dans les dossiers d'hospitalisation, d'une note indiquant que l'appelante avait des étourdissements et des problèmes de concentration inhabituels.

Compte tenu de l'ensemble du dossier en l'espèce, nous sommes d'avis que, bien qu'elles puissent soulever certaines questions, les conclusions du juge de première instance ne constituent pas une erreur manifeste et dominante ouvrant droit à une intervention en appel.

En ce qui concerne la période du 6 au 9 janvier 1996, l'examen de l'ensemble du dossier permet de constater une incapacité mentale de donner l'avis prescrit par la *Loi sur les municipalités*. Bien qu'il n'ait pas conclu à l'incapacité de l'appelante pendant cette période de quatre jours, le juge de

1

2

3

find the appellant was incapacitated by the Percocet medication and the effects of the medication persisted into January 9. It should also be noted that the act of writing a letter may by itself be a simple one, but in this context it requires a consideration of many factors and a mental capacity to address and assess those.

4

Consequently, we would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the judgment of Kozak J. at trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Carrel + Partners, Thunder Bay.

Solicitors for the respondent: Eryou Barristers, Thunder Bay.

première instance a décidé que le médicament Percocet avait eu pour effet de la priver de ses moyens et que les effets de ce médicament avaient duré jusqu'au 9 janvier. Il y a lieu de noter que rédiger une lettre peut être simple en soi, mais que, dans le présent contexte, cet acte exige la prise en compte de nombreux facteurs et la capacité mentale de les soupeser.

En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement rendu en première instance par le juge Kozak.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Carrel + Partners, Thunder Bay.

Procureurs de l'intimée : Eryou Barristers, Thunder Bay.

**Transamerica Life Insurance Co. of
Canada** *Appellant*

v.

Danielle Goulet *Respondent*

**INDEXED AS: GOULET v. TRANSAMERICA LIFE
INSURANCE CO. OF CANADA**

Neutral citation: 2002 SCC 21.

File No.: 27939.

2001: November 8; 2002: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Insurance — Life insurance — Intentional fault — Public order exception — Insured dying while committing a crime — Insurer refusing to pay beneficiary life insurance proceeds — Whether act committed amounts to intentional fault of insured — Whether public order exception that “no one may profit from his or her own crime” exists in Quebec insurance law — If so, whether exception is a bar to beneficiary’s right to claim insurance indemnity — Civil Code of Lower Canada, arts. 2532, 2550.

The respondent’s husband died in 1994 when a bomb he was attempting to plant in a car exploded. The respondent, in her capacity as designated beneficiary, claimed the indemnity provided for in the insurance policy her husband had taken out on his own life in 1990. Notwithstanding the fact that there was no clause precluding payment of the indemnity if the insured died while committing a crime, the insurer refused to pay. It maintained that public order justified refusal to pay when the death had occurred during the commission of a crime. The respondent brought an action against the insurer and was successful in the Superior Court and the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed. The respondent is entitled to the life insurance proceeds.

An insurer never insures the intentional fault of the insured. Although it is part of the chapter on damage insurance, art. 2563 *C.C.L.C.* expresses that principle,

**Compagnie d’Assurance-Vie Transamerica
du Canada** *Appelante*

c.

Danielle Goulet *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : GOULET c. CIE D’ASSURANCE-VIE
TRANSAMERICA DU CANADA**

Référence neutre : 2002 CSC 21.

N^o du greffe : 27939.

2001 : 8 novembre; 2002 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Assurance — Assurance-vie — Faute intentionnelle — Exception d’ordre public — Décès de l’assuré au cours de la perpétration d’un acte criminel — Refus de l’assureur de verser au bénéficiaire le produit de l’assurance-vie — L’acte posé correspond-il à une faute intentionnelle de l’assuré? — L’exception d’ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » existe-t-elle en droit québécois des assurances? — Dans l’affirmative, cette exception fait-elle obstacle au droit du bénéficiaire de réclamer l’indemnité d’assurance? — Code civil du Bas Canada, art. 2532, 2550.

Le mari de l’intimée est mort en 1994 lors de l’explosion d’une bombe qu’il tentait d’installer dans une voiture. L’intimée, en sa qualité de bénéficiaire désignée, réclame l’indemnité prévue à la police d’assurance que son mari avait souscrite sur sa propre vie en 1990. Malgré l’absence d’une stipulation excluant le paiement de l’indemnité si l’assuré décède en commettant un acte criminel, l’assureur refuse de payer. Il prétend que l’ordre public justifie le refus de paiement lorsque le décès survient au cours de la perpétration d’un acte criminel. L’intimée poursuit l’assureur et a gain de cause en Cour supérieure et en Cour d’appel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L’intimée a droit au produit de l’assurance-vie.

Un assureur n’assure jamais la faute intentionnelle de l’assuré. Bien qu’inséré au chapitre de l’assurance de dommages, l’art. 2563 *C.c.B.C.* exprime ce principe

which derives from the nature of the insurance contract. In the context of a life insurance contract, the suicide of the insured during the first two years of the coverage (art. 2532) and an attempt on the life of the insured by the owner of the insurance contract (art. 2559) are the only intentional acts, within the parameters established by the *Civil Code of Lower Canada*, that affect the risk of death, and particularly, the time at which the event that is the object of that risk occurs. In this case, the act committed by the insured was not an intentional act since there is no evidence to show that he was seeking to bring about the event that is the object of the risk and the damage itself. According to the admissions at the trial, the insured was obviously committing a serious indictable offence when he died, but he did not intend to end his life. The incident that occurred was still contingent.

The principle of public order that “no one may profit from his or her own crime” exists in Quebec insurance law. First, the Quebec courts applied this principle before the 1976 insurance law reform. Second, there is nothing in the new provisions of 1976 to suggest that the legislature intended to preclude it. While this principle prevents the insured or the person entitled to receive the insurance indemnity from profiting from his or her own crime, insurance law does not preclude the protection of innocent third persons or beneficiaries from the consequences of criminal activity. To prevent innocent third persons or beneficiaries from claiming the indemnity, the insurance contract must contain a clause specifically providing that the insurer is not required to pay the indemnity if the insured dies in the commission of an indictable offence. Article 2550 *C.C.L.C.* cannot be used to deprive the innocent beneficiary of his or her claim where the insured died when committing an indictable offence. That article, which constitutes an exception to the principle of the privity of contracts, allows the insurer to set up against the beneficiary all of the causes of nullity or forfeiture that are based on the existence of the contract, but it may not set up against the beneficiary causes of nullity or forfeiture that are purely personal to the insured. Article 2550 therefore does not allow the insurer to set up the public order rule that “no one may profit from his or her own crime”, which it could have asserted against the insured, against the innocent beneficiary of the insurance contract.

Cases Cited

Referred to: *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22; *Schilling Estate v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1997), 108 O.A.C. 306, aff'g (1997), 40 C.C.L.I. (2d) 237; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1

qui découle de la nature du contrat d'assurance. Dans le contexte d'un contrat d'assurance-vie, le suicide de l'assuré au cours des deux premières années de l'existence de la couverture (art. 2532) et l'attentat à sa vie par le propriétaire du contrat d'assurance (art. 2559) demeurent les seuls actes intentionnels qui, dans les limites fixées par le *Code civil du Bas Canada*, touchent le risque de perte de la vie et, surtout, le moment de sa réalisation. En l'espèce, l'acte commis par l'assuré ne constituait pas un acte à caractère intentionnel puisque rien dans la preuve n'indique qu'il recherchait la réalisation du risque et du dommage. Certes, selon les admissions au procès, l'assuré commettait un acte criminel grave lorsqu'il est décédé, mais il n'avait pas l'intention de mettre fin à ses jours. L'incident survenu conservait un caractère aléatoire.

Le principe d'ordre public selon lequel « nul ne peut profiter de son propre crime » existe en droit québécois des assurances. D'une part, les tribunaux du Québec ont appliqué ce principe avant la réforme du droit des assurances de 1976; d'autre part, rien dans les nouvelles dispositions de 1976 ne laisse croire que le législateur ait voulu l'écarter. Bien que ce principe empêche l'assuré ou le titulaire du droit à l'indemnité d'assurance de profiter de son crime, le droit des assurances n'interdit pas de protéger des tiers ou des bénéficiaires innocents contre les conséquences d'une activité criminelle. Pour empêcher des tiers ou des bénéficiaires innocents de réclamer l'indemnité, le contrat d'assurance doit contenir une clause prévoyant expressément que l'assureur n'est pas tenu de verser l'indemnité si l'assuré perd la vie lors de la perpétration d'un acte criminel. L'article 2550 *C.c.B.C.* ne peut être utilisé pour priver le bénéficiaire innocent de son indemnité lorsque l'assuré est décédé en commettant un acte criminel. Cet article, qui constitue une exception à l'effet relatif des contrats, permet à l'assureur d'opposer au bénéficiaire toutes les causes de nullité ou de déchéance qui sont fondées sur l'existence du contrat, mais il ne peut opposer au bénéficiaire des causes de nullité ou de déchéance qui sont purement personnelles à l'assuré. L'article 2550 ne permet donc pas à l'assureur d'opposer au bénéficiaire innocent du contrat d'assurance le principe d'ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » qu'il aurait pu faire valoir contre l'assuré.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22; *Schilling Estate c. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1997), 108 O.A.C. 306, conf. (1997), 40 C.C.L.I. (2d) 237; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1

S.C.R. 309; *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153, aff'g (1976), 14 O.R. (2d) 233; *Pickford Black Ltd. v. Canadian General Insurance Co.*, [1977] 1 S.C.R. 261; Cass. civ. 1^{re}, March 3, 1993, R.G.A.T. 1993.648 (*Castrassur v. Camat*); *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; *Cameron v. Canadian Factors Corp.*, [1971] S.C.R. 148; *Bélaïr v. Lasalle*, [1970] C.A. 275; *Foncière Compagnie d'Assurance de France v. Perras*, [1942] Que. K.B. 231, aff'd [1943] S.C.R. 165.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 4.
Civil Code of Lower Canada, arts. 13, 2468, 2481, 2500, 2502, 2532, 2550, 2559, 2560, 2563, 2578 (former).
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 2402.

Authors Cited

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes*, t. 2. Sherbrooke: Éditions SEM, 1992.
 Karim, Vincent. "L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation" (1999), 40 *C. de D.* 403.
 Lefebvre, Brigitte. "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", dans *Développements récents en droit civil*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.
 Picard, M., et A. Besson. *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1975.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2000] R.J.Q. 1066, [2000] R.R.A. 325, [2000] Q.J. No. 1308 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1996] R.R.A. 1131, [1996] Q.J. No. 3561 (QL). Appeal dismissed.

Alain Létourneau and René Vallerand, for the appellant.

Jean Blaquièrre, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

On October 11, 1990, Transamerica Life Insurance Company of Canada issued a life insurance

R.C.S. 309; *Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153, conf. (1976), 14 O.R. (2d) 233; *Pickford Black Ltd. c. Compagnie d'Assurance Canadienne Générale*, [1977] 1 R.C.S. 261; Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1993, R.G.A.T. 1993.648 (*Castrassur c. Camat*); *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148; *Bélaïr c. Lasalle*, [1970] C.A. 275; *Foncière Compagnie d'Assurance de France c. Perras*, [1942] B.R. 231, conf. par [1943] R.C.S. 165.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 13, 2468, 2481, 2500, 2502, 2532, 2550, 2559, 2560, 2563, 2578 (ancien).
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2402.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 4.

Doctrine citée

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes*, t. 2. Sherbrooke: Éditions SEM, 1992.
 Karim, Vincent. « L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation » (1999), 40 *C. de D.* 403.
 Lefebvre, Brigitte. « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit civil*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.
 Picard, M., et A. Besson. *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2000] R.J.Q. 1066, [2000] R.R.A. 325, [2000] J.Q. n° 1308 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1996] R.R.A. 1131, [1996] A.Q. n° 3561 (QL). Pourvoi rejeté.

Alain Létourneau et René Vallerand, pour l'appelante.

Jean Blaquièrre, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le 11 octobre 1990, la Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada émettait une police

policy on the life of Roger Arbic. As policyholder, Arbic designated his spouse, Danielle Goulet, the respondent, as beneficiary. On January 22, 1994, while the policy was still in effect, Arbic was killed when a bomb he was attempting to plant in a car parked at Dorval Airport, near Montréal, exploded.

2 Goulet claimed the \$50,000 insurance indemnity solely in her capacity as beneficiary and not as her husband's heir or as representative of the estate. The insurer refused to pay. Notwithstanding the fact that there was no clause precluding payment of the indemnity if the insured died while committing a crime, the insurer replied that public order justified refusal to pay when the death had occurred during the commission of a crime.

3 Faced with this refusal, Goulet brought an action against Transamerica. At the trial, she conceded that, on a balance of probabilities, Arbic had died while committing an indictable offence. Nonetheless, she was successful in the Superior Court and the Court of Appeal. The insurer's appeal to this Court was heard at the same time as an appeal raising similar issues in a case that originated in Ontario (*Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22). For the reasons set out below, I am of the view that the appeal should be dismissed.

II. Judicial History

A. *Superior Court*, [1996] R.R.A. 1131

4 Crépeau J. allowed Ms. Goulet's action. In essence, he found that the public order exception on which Transamerica relied could not be set up against the plaintiff. He also rejected the argument based on the allegedly intentional nature of the act.

5 Crépeau J. began by making a series of preliminary comments concerning the application of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") to the action (at pp. 1133-34):

[TRANSLATION] In this case . . . , we must refer to the *Civil Code of Lower Canada* to determine the mean-

d'assurance-vie sur la vie de Roger Arbic. Preneur de la police, Arbic désigna son épouse, l'intimée Danielle Goulet, comme bénéficiaire. Le 22 janvier 1994, alors que la police se trouvait toujours en vigueur, Arbic se tua lors de l'explosion d'une bombe qu'il tentait d'installer dans une voiture stationnée à l'aéroport de Dorval, près de Montréal.

Goulet réclama l'indemnité d'assurance de 50 000 \$ uniquement en qualité de bénéficiaire et non comme héritière de son époux ou représentante de la succession. L'assureur refusa de payer. Malgré l'absence d'une stipulation excluant le paiement de l'indemnité si l'assuré décédait en commettant un acte criminel, l'assureur répondit que l'ordre public justifiait le refus de paiement lorsque le décès était survenu au cours de la perpétration d'un acte criminel.

Devant ce refus, Goulet poursuivit Transamerica. Au procès, elle reconnut que, selon la prépondérance des probabilités, Arbic était mort en commettant un acte criminel. Elle eut toutefois gain de cause en Cour supérieure et en Cour d'appel. Le pourvoi de l'assureur devant notre Cour fut entendu en même temps qu'un appel soulevant des questions analogues dans une affaire provenant de l'Ontario (*Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22). Pour les motifs que j'expose plus loin, je suggère de rejeter le pourvoi.

II. L'historique judiciaire

A. *Cour supérieure*, [1996] R.R.A. 1131

Le juge Crépeau accueille l'action de dame Goulet. En substance, il conclut que l'exception d'ordre public invoquée par Transamerica n'est pas opposable à la demanderesse. De plus, il rejette l'argument fondé sur le caractère prétendument intentionnel de l'acte.

Dans un premier temps, le juge Crépeau fait (aux p. 1133-1134) une série de remarques préliminaires sur l'application du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») au débat :

En l'instance [. . .], c'est au *Code civil du Bas Canada* qu'il faudra recourir pour déterminer la portée

ing and scope of the parties' rights and obligations and the effects of the contract [s. 4 of the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57].

... before applying the common law, we must ensure that the Civil Code does not contain any provisions relating to this issue.

... generally, it is up to the parties to an insurance contract to establish the limits the risk covered and the conditions on which the indemnity is payable [contractual freedom].

Crépeau J. then acknowledged that few exclusions in the *C.C.L.C.* are applicable to life insurance. He said that general clauses providing for forfeiture of the policy for violation of the law, unless the violation constitutes an indictable offence, are prohibited by the *C.C.L.C.* (art. 2481) and by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (art. 2402).

Crépeau J. was of the view that the legislature had established the circumstances in which the insurer could rely on public order in the *C.C.L.C.* in respect of "Insurance of persons" to refuse to honour a claim. The courts have no further authority to add more public order exclusions to the *C.C.L.C.* Furthermore, in the view of Crépeau J., the insurer retains a free hand to include the exclusions it wants in the contract, in accordance with the principles set out in the *Civil Code*.

The judge noted that the insurer in this case had not made the policy subject to any exclusion, with the exception of suicide occurring within two years of the issuance of the policy. Since there was no clause excluding indictable offences, he found that the insurer had to honour the provisions of the contract.

Crépeau J. rejected the appellant's argument under art. 2563 *C.C.L.C.*, which provides that the insurer is relieved of liability for the prejudice caused by the intentional fault of the insured: art. 2563 is to be found under the chapter "Of Damage

et l'étendue des droits et obligations des parties ainsi que les effets du contrat [article 4 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57].

... avant de recourir à la common law l'on doit s'assurer que le Code civil ne contient aucune disposition à l'égard de la question en litige.

... il revient [. . .], règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité [liberté contractuelle].

Par la suite, le juge Crépeau reconnaît que le *C.c.B.C.* contient peu d'exclusions applicables à l'assurance-vie. Il affirme que les clauses générales de déchéance de l'assurance pour violation de la loi, à moins que la violation ne constitue un acte criminel, sont interdites par le *C.c.B.C.* (art. 2481) ainsi que par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (art. 2402).

Le juge Crépeau est d'avis que le législateur a déterminé au *C.c.B.C.* dans quelles circonstances l'assureur pouvait invoquer l'ordre public en « Assurance de personnes » pour refuser d'honorer une réclamation. Il n'appartient plus aux tribunaux d'ajouter au *C.c.B.C.* d'autres exclusions d'ordre public. De plus, aux yeux du juge Crépeau, l'assureur conserve toute la latitude voulue pour inclure au contrat les exclusions qu'il souhaite, en conformité avec les principes énoncés au *Code civil*.

Le juge note qu'en l'espèce, l'assureur n'a assorti l'assurance d'aucune exclusion à l'exception du suicide dans les deux ans de l'émission de la police. Puisqu'aucune clause n'exclut l'acte criminel, il conclut que l'assureur doit honorer les dispositions du contrat.

Enfin, le juge Crépeau rejette l'argument de l'appelante basé sur l'art. 2563 *C.c.B.C.* qui prévoit que l'assureur ne répond pas du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré. En effet, l'art. 2563 se trouve au chapitre « De l'assurance de

6

7

8

9

Insurance” and therefore does not apply to life insurance, where the concept of intentional act is relevant only to suicide.

B. *Court of Appeal*, [2000] R.J.Q. 1066

10 Transamerica suffered another setback in the Court of Appeal. For reasons differing in part, Rothman and Nuss J.J.A. both found that Goulet’s action was well founded and the insurance payment was payable.

(1) Rothman J.A.

11 Rothman J.A. first addressed the appellant’s argument that the insured, as a result of his intentional and deliberate conduct, had increased the risk of death so that death was no longer the uncertain event covered by the insurance policy. Rothman J.A. rejected that argument. First, under a clause in the insurance contract, even if the insured had deliberately killed himself, the beneficiary could nonetheless have collected the amount insured. There was no evidence to show that the insured knew he was going to die when he planted the bomb. Even though planting a bomb is an inherently dangerous activity, it is wrong to say that the death that resulted was not an accident. The death that resulted from the insured’s act was not reasonably sure.

12 However, Rothman J.A. then dissociated himself from the opinion of Crépeau J. that art. 2563 *C.C.L.C.* relating to the intentional fault of the insured applies only to damage insurance. In Rothman J.A.’s view, that principle is intrinsically connected with the concept of “risk” in insurance contracts, but he said that art. 2563 *C.C.L.C.* was of no help to the appellant in this case (at p. 1070):

That being said, however, the fault or act committed by the insured must be one that is intended to cause the loss or damage for which the insurance claim is made. The insured must have intended to bring about the realisation of the risk insured against, and not merely to do the act that he did. It is insufficient for the insured to have intended merely a negligent or a blameworthy act, if that act was not intended to cause the loss and the loss was accidental.

dommages » et partant, ne s’applique pas à l’assurance-vie où la notion d’acte intentionnel est limitée au suicide.

B. *Cour d’appel*, [2000] R.J.Q. 1066

Transamerica subit un nouvel échec devant la Cour d’appel. Pour des motifs partiellement différents, les juges Rothman et Nuss concluent tous deux que l’action de Goulet était bien fondée et l’indemnité d’assurance exigible.

(1) Le juge Rothman

Premièrement, le juge Rothman traite de l’argument de l’appelante selon lequel l’assuré, par sa conduite intentionnelle et délibérée, a augmenté le risque de mort, de sorte que le décès n’était plus l’événement incertain couvert par la police d’assurance. Le juge Rothman rejette cette proposition. D’abord, en vertu d’une clause du contrat d’assurance, même si l’assuré s’était donné intentionnellement la mort, le bénéficiaire aurait pu néanmoins toucher le capital assuré. Aucune preuve ne démontrait que l’assuré savait qu’il allait mourir lorsqu’il a posé la bombe. Bien que le fait de poser une bombe constitue une activité intrinsèquement dangereuse, il est faux d’affirmer que le décès qui en résulte n’était pas un accident. En effet, la mort qui a suivi le geste de l’assuré n’était pas raisonnablement certaine.

Toutefois, par la suite, le juge Rothman se dissocie de l’opinion du juge Crépeau selon laquelle l’art. 2563 *C.c.B.C.*, relatif à la faute intentionnelle de l’assuré, ne s’appliquerait qu’aux assurances de dommages. D’après le juge Rothman, ce principe se trouve intrinsèquement lié à la notion de « risque » dans les contrats d’assurance, mais il affirme que l’art. 2563 *C.c.B.C.* n’est d’aucun secours pour l’appelante en l’espèce (à la p. 1070) :

[TRADUCTION] Cela dit, cependant, précisons qu’en commettant la faute ou l’acte en question, l’assuré doit avoir eu l’intention de causer la perte ou le dommage visé par la réclamation d’assurance. Il doit avoir eu l’intention d’entraîner la réalisation du risque assuré et non simplement de commettre l’acte en question. Il ne suffit pas qu’il ait eu l’intention de commettre un acte négligent ou blâmable, s’il n’avait pas l’intention de causer la perte et si celle-ci était accidentelle.

Rothman J.A. also addressed the issue of public order. In his view, even in the absence of a specific policy exclusion, the principles of public order could be invoked by an insurance company to prevent a criminal from profiting from his crime. Therefore, an insured who had deliberately caused the loss covered by his insurance policy by committing an indictable offence should not be entitled to recover the amount insured, nor could his estate claim that amount. But in this case, the beneficiary under the policy was innocent. Allowing her to benefit from the insurance contract would not enable the insured to profit from his crime. The opposite approach would hurt innocent beneficiaries (at p. 1071):

We should, I think, be slow to extend a rule of public order which was designed to prevent criminals from profiting from their crimes so as to enable insurers to refuse amounts due under insurance policies to innocent beneficiaries who have had nothing whatever to do with these crimes and who do not claim as the representatives of the criminals who have committed them.

Furthermore, art. 2550 *C.C.L.C.* confirms that the beneficiary named in an insurance contract does not represent the insured and that the sum paid under the insurance policy does not form part of the estate of the insured. In the opinion of Rothman J.A., the beneficiary of the insurance policy is a creditor of the insurer in her own right and for her own benefit.

Rothman J.A. acknowledged that art. 2550 *C.C.L.C.* allows the insurer to set up against the beneficiary the causes of nullity of the contract that may be invoked against the insured, as well as the exclusion clauses provided in the insurance policy (e.g. suicide clauses). However, that provision does not prevent the beneficiary from claiming the amount insured in this case (at p. 1073):

But the rule of public order precluding a criminal from obtaining the insurance benefits of his crime is, in my view, a forfeiture of a different kind. It is a personal sanction of forfeiture applicable to the criminal, the purpose of which is to prevent the criminal or his estate from obtaining any benefits from his crime. Its purpose is not to vitiate the insurance contract or to extinguish the rights

13
Par ailleurs, le juge Rothman aborde la question de l'ordre public. À son avis, même en l'absence d'une disposition expresse dans la police d'assurance, les principes de l'ordre public pourraient être invoqués par une compagnie d'assurances afin d'empêcher un criminel de tirer profit de son crime. Ainsi, un assuré qui aurait délibérément causé la perte couverte par sa police d'assurance suite à la commission d'un acte criminel ne devrait pas recouvrer le capital assuré. De même, sa succession ne pourrait réclamer ce dernier. Mais, en l'espèce, la bénéficiaire de la police était sans reproche. Lui accorder le bénéfice du contrat d'assurance ne permettrait pas à l'assuré de profiter de son crime. La solution contraire léserait des bénéficiaires sans reproche (à la p. 1071) :

[TRADUCTION] À mon avis, nous devrions hésiter à appliquer une règle d'ordre public qui a été conçue pour empêcher un criminel de profiter de son crime; de manière à permettre à un assureur de refuser le paiement d'une indemnité exigible aux termes d'une police d'assurance à un bénéficiaire sans reproche qui n'a absolument rien à voir avec le crime et qui ne réclame pas à titre de représentant du criminel.

14
D'ailleurs, l'art. 2550 *C.c.B.C.* confirme que le bénéficiaire nommé au contrat d'assurance ne représente pas l'assuré et que la somme payée en vertu de la police d'assurance n'appartient pas au patrimoine de l'assuré. Selon le juge Rothman, le bénéficiaire de la police d'assurance est un créancier de l'assureur en son nom et pour son bénéfice personnel.

15
Le juge Rothman reconnaît que l'art. 2550 *C.c.B.C.* permet à l'assureur d'opposer au bénéficiaire les causes de nullité du contrat pouvant être invoquées contre l'assuré, de même que les clauses d'exclusion prévues dans la police d'assurance (exemple : clause de suicide). Toutefois, cette disposition n'empêche pas le bénéficiaire de réclamer le capital assuré en l'espèce (à la p. 1073) :

[TRADUCTION] Toutefois, la règle d'ordre public qui empêche un criminel de toucher le bénéfice de l'assurance par suite de son crime porte, à mon avis, sur une exclusion différente. C'est une sanction de nature personnelle applicable au criminel, dont l'objet est d'empêcher le criminel, ou le représentant de sa succession, de tirer avantage de son crime. Elle ne vise pas à entacher

of other innocent beneficiaries having claims under the policy.

16

Rothman J.A. then noted that the insurance company should have expressly provided an exception in the insurance contract for death resulting from the commission of an indictable offence. Article 2481 *C.C.L.C.* clearly allows it to do so.

(2) Nuss J.A. (Reasons Concurred in by Deschamps J.A.)

17

Nuss J.A. agreed with the reasons of Rothman J.A. However, he considered that for the purposes of this case it was not necessary to decide whether the estate of an insured who had committed an indictable offence may benefit from the insurance contract.

III. Relevant Statutory Provisions

18

Civil Code of Lower Canada

13. No one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals.

2468. A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

2481. Every general clause releasing the insurer if any act or regulation is violated is without effect, unless such violation constitutes an indictable offence.

2500. Any stipulation which derogates from the prescriptions of articles 2474, 2478 to 2484, 2486, 2490 to 2492, 2494 to 2506, 2508, 2510 to 2515, 2518, 2529, 2530, the second paragraph of article 2533, articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 to 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, the second paragraph of article 2563, article 2564, the third paragraph of article 2566, articles 2574, 2577 to 2582, 2585, the first two paragraphs of article 2586, articles 2587, 2598, 2599 and 2601 to 2605 is without effect.

Except to the extent that it is more favourable to the policyholder or to the beneficiary, any stipulation which derogates from the prescriptions of articles 2485, 2488, 2489, 2516, 2517, 2519 to 2522, 2523 to 2528, 2532, the first paragraph of 2533, articles 2534, 2535, 2537, the first paragraph of article 2563, the first, second and fourth paragraphs of article 2566, articles 2567 to 2570, 2572,

de nullité le contrat d'assurance ni à éteindre les droits d'autres bénéficiaires innocents qui ont une réclamation en vertu de la police.

Enfin, le juge Rothman remarque que la compagnie d'assurances aurait dû prévoir expressément une exception au contrat d'assurance pour le décès résultant de la commission d'un acte criminel. L'article 2481 *C.c.B.C.* le lui permet clairement.

(2) Le juge Nuss (aux motifs desquels souscrit le juge Deschamps)

Le juge Nuss est d'accord avec les motifs du juge Rothman. Il considère toutefois qu'il n'est pas nécessaire pour les fins de la présente affaire de décider si la succession d'un assuré ayant commis un acte criminel ne peut bénéficier du contrat d'assurance.

III. Dispositions législatives pertinentes

Code civil du Bas Canada

13. On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.

2468. Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.

2481. Est sans effet toute clause générale libérant l'assureur en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un acte criminel.

2500. Est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2474, 2478 à 2484, 2486, 2490 à 2492, 2494 à 2506, 2508, 2510 à 2515, 2518, 2529, 2530, du deuxième alinéa de l'article 2533, des articles 2536, 2538, 2539, 2541, 2546 à 2549, 2557, 2559, 2560, 2561, 2562, du deuxième alinéa de l'article 2563, de l'article 2564, du troisième alinéa de l'article 2566, des articles 2574, 2577 à 2582, 2585, des deux premiers alinéas de l'article 2586, des articles 2587, 2598, 2599 et 2601 à 2605.

Sauf dans la mesure où elle est plus favorable au preneur ou au bénéficiaire, est sans effet toute stipulation qui déroge aux prescriptions des articles 2485, 2488, 2489, 2516, 2517, 2519 à 2522, 2523 à 2528, 2532, du premier alinéa de l'article 2533, des articles 2534, 2535, 2537, du premier alinéa de l'article 2563, des premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article 2566, des articles 2567

2573, 2575, 2583, the third paragraph of article 2586, articles 2589 to 2591 and 2594 to 2597 is without effect.

2502. In any accident and sickness insurance policy, the insurer must also indicate expressly and clearly the nature of the coverage stipulated therein; if the insurance is conditional upon disability, it must, in the same manner, indicate the conditions of payment of the indemnities.

The insurer cannot invoke exclusions or clauses of reduction of coverage except those clearly indicated under an appropriate title, such as the following: “*Exclusions and Reduction of Coverage*”.

2532. Suicide of the insured is not a cause of nullity. Any stipulation to the contrary is without effect if the suicide occurs after two years of uninterrupted insurance.

2550. The beneficiary and the contingent owner are the creditors of the insurer but the insurer may set up against them the causes of nullity or forfeiture that may be invoked against the policyholder or the participant.

The sum insured payable to a beneficiary does not form part of the estate of the insured. Similarly, the contract transferred to the contingent owner does not form part of the estate of the preceding owner.

2559. An attempt on the life of the insured by the owner of the contract entails *ipso facto* the nullity of the insurance and the payment of the surrender value.

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

IV. Analysis

A. *Issues*

This appeal raises two issues. First, we must determine whether the act committed amounts to an intentional fault of the insured, which cannot constitute an insurable risk. Second, if this is not the case, we must consider whether there is a public order exception and how it is to be applied, in order to determine whether it is a bar to Ms. Goulet's claim. Those issues will be analyzed in accordance with the *C.C.L.C.* As a result of the date when the insurance contract was made, s. 4 of the *Act respecting*

à 2570, 2572, 2573, 2575, 2583, du troisième alinéa de l'article 2586, des articles 2589 à 2591 et 2594 à 2597.

2502. L'assureur doit, en outre, dans une police d'assurance contre la maladie ou les accidents, indiquer expressément et de façon distincte, la nature de la garantie qui y est stipulée; si l'assurance porte sur l'incapacité, il doit indiquer, de la même manière, les conditions de paiement des indemnités.

L'assureur ne peut invoquer que les exclusions ou clauses de réduction de la garantie qui sont clairement signalées sous un titre approprié, tel que : « *Exclusions et réductions de la garantie* ».

2532. Le suicide de l'assuré n'est pas cause de nullité. Toute stipulation contraire est sans effet si le suicide survient après deux ans d'assurance ininterrompue.

2550. Le bénéficiaire et le propriétaire subsidiaire sont créanciers de l'assureur; toutefois l'assureur peut leur opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le preneur ou l'adhérent.

La somme assurée payable à un bénéficiaire ne fait pas partie de la succession de l'assuré. De même, le contrat transmis au propriétaire subsidiaire ne fait pas partie de la succession du propriétaire précédent.

2559. L'attentat à la vie de l'assuré par le propriétaire du contrat entraîne d'office la nullité de l'assurance et le paiement de la valeur de rachat.

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

Ce pourvoi soulève deux problèmes. D'abord, il faut examiner si l'acte commis correspond à une faute intentionnelle de l'assuré, qui ne saurait constituer un risque assurable. Ensuite, si tel n'est pas le cas, on doit se pencher sur l'existence et la mise en œuvre d'une exception d'ordre public afin de déterminer si elle fait obstacle à la réclamation de M^{me} Goulet. L'analyse de ces questions s'effectuera en vertu du *C.c.B.C.* En raison de la date de la conclusion du contrat d'assurance, l'art. 4 de la

the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, provides that the legislation that applied at the time continues to govern the interpretation and application of the agreement. The new law does not seem, however, to have made any significant changes to the former law, which applies to the legal issues I will now address.

B. *Arguments of the Parties*

(1) Appellant

20

First, the appellant said that the Court of Appeal could not have made the application of the public order rule dependent on the identity or status of the person claiming the life insurance proceeds. In its view, it would be illogical to conclude this: either the effects of the contract are suspended by the insured's acts or they are not. Moreover, it added that the conclusion of the Quebec Court of Appeal was contrary to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Schilling Estate v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1997), 108 O.A.C. 306, affirming the trial judgment (1997), 40 C.C.L.I. (2d) 237, and the decision of this Court in *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87.

21

In support of its argument, the appellant cited art. 2550 *C.C.L.C.*:

2550. The beneficiary and the contingent owner are the creditors of the insurer but the insurer may set up against them the causes of nullity or forfeiture that may be invoked against the policyholder or the participant.

22

The appellant submitted that this provision means that the insurer may set up against the beneficiary the causes of nullity or forfeiture that may be invoked against the policyholder or the participant. None of them have been precluded by the legislature. When the legislature provides that the insurer is entitled to set up against the beneficiary the causes of nullity or forfeiture that may be invoked against the policyholder or the participant, it is referring to all causes of nullity and forfeiture. Therefore, unless the legislature has expressed some contrary intention, it is not open to the courts to limit the scope of

Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, prévoit, en effet, que la législation alors applicable continue à régir l'interprétation et l'application de la convention. Le droit nouveau ne semble toutefois pas avoir apporté de changements significatifs au droit antérieur qui s'applique aux problèmes juridiques que j'aborderai maintenant.

B. *Les prétentions des parties*

(1) L'appelante

Dans un premier temps, l'appelante affirme que la Cour d'appel ne pouvait pas subordonner l'application de la règle de l'ordre public à l'identité ou au statut de celui qui réclame la prestation d'assurance-vie. À son avis, une telle conclusion est illogique : ou bien les effets du contrat sont suspendus par le geste de l'assuré, ou bien ils ne le sont pas. D'ailleurs, elle ajoute que la conclusion de la Cour d'appel du Québec est contraire à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Schilling Estate c. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1997), 108 O.A.C. 306, qui confirme le jugement de première instance (1997), 40 C.C.L.I. (2d) 237, et à celle de notre Cour dans l'affaire *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87.

Pour appuyer son argument, l'appelante invoque l'art. 2550 *C.c.B.C.* :

2550. Le bénéficiaire et le propriétaire subsidiaire sont créanciers de l'assureur; toutefois l'assureur peut leur opposer les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le preneur ou l'adhérent.

Selon l'appelante, cette disposition signifie que l'assureur peut opposer au bénéficiaire les causes de nullité et de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le preneur ou l'adhérent. Le législateur n'en exclut aucune. En édictant que l'assureur a droit d'opposer au bénéficiaire les causes de nullité ou de déchéance susceptibles d'être invoquées contre le preneur ou l'adhérent, le législateur vise toutes les causes de nullité et de déchéance. Alors, à moins de manifestation contraire de son intention, il n'appartient pas aux tribunaux de limiter la portée de la règle de droit. En distinguant comme elle l'a

the rule enacted. By making the distinction it made, the Court of Appeal stripped art. 2550 of its legal meaning and assumed a legislative role.

Second, the appellant argued that the Court of Appeal erred by requiring that the insured have intended that an event that is the object of the risk insured against (namely, death) occur when he committed the indictable offence, as a condition for the public order defence to apply. The public order defence would be triggered by the insured's wrongful or criminal conduct and not because of a specific intention that an event that is the object of the risk insured occur.

Moreover, the appellant pointed out that an insured who, by his conduct, alters the nature of the risk by hastening the occurrence of an event that is the object of the risk relieves the insurer of its obligation. The element of uncertainty in the policy must exist not only at the time the contract is made but also when the event that is the object of the insurance occurs. The appellant said that the act committed by Mr. Arbic exposed him, objectively, to death, and that in fact he eliminated the uncertainty of the event against which he was insured.

The appellant's final argument was that art. 2481 *C.C.L.C.* does not require that the insurer add a clause to the contract excluding the application of the insurance policy if an indictable offence is committed by the insured. It submitted that such an exclusion is already provided for by the rules of public order: by definition, an indictable offence cannot be the subject of an insurance contract because this would be contrary to good morals and public order. In the appellant's submission, the interpretation adopted by the Court of Appeal amounts to saying that it is possible to insure oneself against one's own crimes, a conclusion that would be contrary to good morals and public order. In the absence of a clear indication in the insurance policy that the parties intend to insure against death resulting from a criminal or wrongful act, it must be presumed that the parties did not intend to preclude the public order rule that prohibits the payment of the amount insured when death has occurred in circumstances of that nature.

fait, la Cour d'appel aurait vidé de son sens juridique l'art. 2550 et se serait arrogé un rôle législatif.

Dans un deuxième temps, l'appelante plaide que la Cour d'appel a erré en imposant, comme condition à l'application de la défense d'ordre public, que l'assuré ait eu l'intention de réaliser le risque garanti (soit la mort) lorsqu'il a commis l'acte criminel. La défense d'ordre public serait mise en œuvre en raison de la conduite répréhensible ou criminelle de l'assuré et non pas à cause d'une intention spécifique de réaliser le risque assuré.

Par ailleurs, l'appelante rappelle que l'assuré qui, par sa conduite, dénature le risque en accélérant sa réalisation, dispense l'assureur de l'exécution de son obligation. L'élément aléatoire de l'assurance doit rester présent non seulement à l'époque de la conclusion du contrat, mais également lors de l'événement qui fait l'objet de l'assurance. L'appelante affirme que le geste accompli par M. Arbic l'a exposé objectivement au décès. Plus encore, il a fait disparaître l'incertitude de l'événement pour lequel il était assuré.

Enfin, l'appelante prétend que l'art. 2481 *C.c.B.C.* n'impose pas à l'assureur d'ajouter au contrat une clause d'exclusion de l'application de la police d'assurance en cas de commission d'un acte criminel par l'assuré. Selon elle, une telle exclusion est déjà prévue par les règles d'ordre public. En effet, par définition, un acte criminel ne peut faire l'objet d'un contrat d'assurance, parce que cela serait contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Selon l'appelante, l'interprétation adoptée par la Cour d'appel équivaut à soutenir qu'il est possible de s'assurer contre ses crimes. Une telle conclusion va à l'encontre des bonnes mœurs et de l'ordre public. En l'absence d'une indication claire dans la police d'assurance que les parties entendent garantir le décès résultant d'un acte criminel ou répréhensible, il doit donc être présumé que les parties n'ont pas eu l'intention d'écarter la règle d'ordre public qui interdit le paiement de la somme assurée en cas de décès survenu dans de telles circonstances.

23

24

25

(2) Respondent

26

First, the respondent submitted that the first issue raised by the appellant, public order, does not arise in this Court. In the respondent's submission, the test used by the Court of Appeal is the intention of the insured to cause the occurrence of an event that is the object of the risk insured, in this case death, and not the principle that no one may benefit from his or her own crime. The Court of Appeal therefore unanimously held, as did the trial judge, that in the absence of an intentional act by Mr. Arbic, the respondent was entitled to receive the indemnity contracted for, even though the death of the insured occurred in the commission of an indictable offence. The respondent acknowledged that Rothman J.A. had in fact referred, for comparison, to the common law rule that a criminal may not benefit from his or her own crime. Ms. Goulet is nonetheless of the opinion that the basis of the decision of the Court of Appeal was to be found in the public order rules codified in the *C.C.L.C.* The public order principle codified in the *C.C.L.C.* is that no one may benefit from his or her own intentional act, whether criminal or otherwise (arts. 2559 and 2563 *C.C.L.C.*).

27

Second, the respondent examined the issue of whether there was intention to cause the occurrence of an event that was the object of the risk insured. The respondent submitted that in order to exclude a loss, it must result from a subjectively intentional act by the insured. Gross negligence would not suffice. In the respondent's submission, the highly foreseeable consequences of the dangerous operations of the insured are still accidental (and not intentional) since the insured did not intend to cause the occurrence of the loss (*Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153; *Pickford Black Ltd v. Canadian General Insurance Co.*, [1977] 1 S.C.R. 261). The theory of "courting of the risk" cited by the appellant would therefore not be tenable. Moreover, in 1976, the legislature repealed former art. 2578 *C.C.L.C.*, which restricted the notion of risk at the beginning of the title "Of Insurance". That article read as follows:

(2) L'intimée

D'abord, l'intimée soutient que la première question soumise par l'appelante, soit celle de l'ordre public, ne se pose pas devant la Cour. Selon l'intimée, le critère utilisé par la Cour d'appel est celui de l'intention de l'assuré de réaliser le risque assuré, en l'occurrence le décès, et non le principe voulant qu'on ne peut tirer avantage de son propre crime. La Cour d'appel a ainsi reconnu à l'unanimité, à l'instar du juge de première instance, qu'en l'absence d'acte intentionnel de la part de M. Arbic, l'intimée pouvait obtenir l'indemnité prévue même si le décès de l'assuré est survenu à l'occasion de la perpétration d'un acte criminel. L'intimée reconnaît que le juge Rothman s'est bel et bien référé, à titre comparatif, à la règle de common law voulant qu'un criminel ne puisse profiter de son propre crime. Madame Goulet est toutefois d'avis que c'est en fonction des règles d'ordre public codifiées au *C.c.B.C.* que la Cour d'appel a établi son jugement. Le principe d'ordre public codifié au *C.c.B.C.* est que nul ne peut profiter de son propre acte intentionnel, qu'il soit criminel ou non (art. 2559 et 2563 *C.c.B.C.*).

Dans un deuxième temps, l'intimée examine le problème de l'existence de l'intention de réaliser le risque assuré. Selon l'intimée, pour qu'un sinistre soit exclu, il doit découler d'un acte subjectivement intentionnel de l'assuré. La négligence grossière ne suffirait pas. D'après l'intimée, demeurent accidentelles (et non intentionnelles) les conséquences fortement prévisibles des opérations dangereuses de l'assuré, ce dernier n'ayant pas voulu réaliser le sinistre (*Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153; *Pickford Black Ltd. c. Compagnie d'Assurance Canadienne Générale*, [1977] 1 R.C.S. 261). La théorie de la « prise du risque » (*courting of the risk*) avancée par l'appelante ne serait donc pas soutenable. D'ailleurs, en 1976, le législateur a abrogé l'ancien art. 2578 *C.c.B.C.*, qui restreignait la notion de risque au début du titre des assurances. Cette disposition était ainsi libellée :

2578. The insurer is liable for losses caused by the insured otherwise than by fraud or gross negligence.

In this case, the loss covered by the life insurance policy is the death of the insured. As the Court of Appeal pointed out, there is no evidence in the record, whether direct, circumstantial or by presumption, to show that the insured intended to cause the occurrence of the loss, that is, to take his life.

Furthermore, the respondent pointed out that by obstinately refusing to pay the indemnity provided in the insurance contract, the appellant confused principles designed to ensure public order that were developed in respect of insurance by the common law and applied those principles indiscriminately. And yet why, the respondent asked, when the *Civil Code* contains all of the rules needed in order to dispose of this case would we need to go looking for different rules in another system of law? In Ms. Goulet's submission, the Court of Appeal and the trial judge were therefore correct in refusing to apply a majority of the precedents cited by the appellant since they had virtually all been decided under the common law.

In the recent legislative history of insurance law, the Quebec legislature has acted on several occasions to limit the principle of contractual freedom in what it regarded as matters of public order. This concern with matters of public order has been expressed in concrete legislative action. Because the public order principle cited by the appellant is not codified in the *C.C.L.C.*, the courts cannot create it. The respondent also pointed out that art. 2481 *C.C.L.C.* allows insurers to specifically exclude the risk associated with the commission of an indictable offence. In the respondent's submission, this rule implies an important corollary, which the appellant has tried to obfuscate: if the insurer can be relieved of the consequences of an indictable offence by providing an exclusion clause formulated in general terms, the insurer must bear the consequences of the loss when it fails to do so.

2578. L'assureur est responsable des dommages causés par l'assuré autres que ceux résultant de sa fraude ou de sa négligence grossière.

En l'espèce, le sinistre visé par la police d'assurance-vie est le décès de l'assuré. Or, comme l'indique la Cour d'appel, rien dans la preuve au dossier, qu'elle soit directe, circonstancielle ou par présomption, n'indique que l'assuré ait voulu réaliser le sinistre, c'est-à-dire s'enlever la vie.

En outre, l'intimée souligne que, par son refus obstiné de payer l'indemnité prévue au contrat d'assurance, l'appelante confond et utilise sans discernement les principes visant à assurer l'ordre public développés en matière d'assurance par la common law. Pourtant, selon l'intimée, dans la mesure où le *Code civil* contient l'ensemble des règles permettant de solutionner le litige, pourquoi faudrait-il aller puiser d'autres règles dans un second système de droit? Donc, selon M^{me} Goulet, la Cour d'appel et le juge de première instance ont ainsi correctement refusé d'appliquer la plupart des précédents invoqués par l'appelante, ces derniers provenant en quasi-totalité de la common law.

Dans l'histoire législative récente du droit des assurances, le législateur québécois est intervenu à plusieurs reprises pour limiter le principe de la liberté contractuelle dans des matières qu'il considérait d'ordre public. Or, cette préoccupation à l'égard des matières relevant de l'ordre public s'est traduite par des interventions législatives concrètes. Comme le principe d'ordre public invoqué par l'appelante ne se trouve pas codifié au *C.c.B.C.*, les tribunaux ne sauraient le créer. L'intimée souligne également que l'art. 2481 *C.c.B.C.* permet aux assureurs d'exclure spécifiquement le risque lié à la commission d'un acte criminel. Or, selon l'intimée, cette règle entraîne un corollaire important que tente d'occulter l'appelante : si l'assureur peut se libérer des conséquences d'un acte criminel en prévoyant une clause d'exclusion formulée de façon générale, il doit assumer les conséquences du sinistre lorsqu'il ne le fait pas.

28

29

30

C. *The Problems with the Intentional Fault*

31 In support of its argument, the appellant cited a fundamental principle in insurance law: an insurer never insures the intentional fault of the insured. The insurance contract protects against the occurrence of the event that is the object of the risk. The contingent nature of that element makes the insurance transaction possible. This risk in fact constitutes the very purpose of the insurance contract, as defined by the *Civil Code*:

2468. A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

32 Although it is part of the chapter "Of Damage Insurance", art. 2563 clearly expresses that principle, which derives from the nature of the insurance contract. (See J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes* (1992), vol. 2, at p. 18.) Notwithstanding any agreement to the contrary, insurance does not cover losses resulting from the intentional fault of the insured:

2563. The exclusion of the prejudice caused by a fortuitous event or the fault of the insured is not valid unless it is expressly and restrictively set out in a stipulation in the contract.

However, the insurer is not liable, notwithstanding any agreement to the contrary, for prejudice arising from the insured's intentional fault.

33 It is important that the concept of intentional act be clearly understood. The insured must seek not only to bring about the event that is the object of the risk, but also to bring about the damage itself. In French law, which has strong similarities with Quebec insurance law on this point, the Cour de Cassation has clearly stated that rule (Cass. civ. 1st, March 3, 1993, *R.G.A.T.* 1993.648 (*Castrassur v. Camat*), note P. Rémy).

34 The Court of Appeal, *per* Rothman J.A., acknowledged that the rule codified in art. 2563 *C.C.L.C.* applied in the context of life insurance by virtue of its close connection with the concept of insurance itself. The fact that it is included under the chapter "Of Damage Insurance" does not alter the general nature of the principle it states (at p. 1070):

C. *Les problèmes de la faute intentionnelle*

Au soutien de son argumentation, l'appelante invoque un principe fondamental en droit des assurances : un assureur n'assure jamais la faute intentionnelle de l'assuré. La convention d'assurance protège contre la réalisation d'un risque. Le caractère aléatoire de cet élément rend possible l'opération d'assurance. Ce risque constitue, en effet, l'objet même du contrat d'assurance tel que le définit le *Code civil* :

2468. Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.

Bien qu'inséré au chapitre « De l'assurance de dommages », l'art. 2563 exprime clairement ce principe qui découle de la nature du contrat d'assurance. (Voir J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes* (1992), t. 2, p. 18.) Malgré toute convention contraire, l'assurance ne couvre pas les pertes résultant de la faute intentionnelle de l'assuré :

2563. L'exclusion du préjudice occasionné par cas fortuit ou par la faute de l'assuré n'est valable que si elle fait l'objet d'une stipulation expressément et limitativement énoncée au contrat.

Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, du préjudice provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré.

La notion d'acte intentionnel doit être bien comprise. L'assuré doit rechercher non seulement la réalisation du risque, mais aussi celle du dommage même. En droit français, qui présente sur ce point de fortes similitudes avec le droit des assurances du Québec, la Cour de cassation a rappelé clairement cette règle (Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1993, *R.G.A.T.* 1993.648 (*Castrassur c. Camat*), note P. Rémy).

La Cour d'appel, sous la plume du juge Rothman, a reconnu que la règle codifiée à l'art. 2563 *C.c.B.C.* trouvait application dans le contexte de l'assurance-vie par son lien étroit avec le concept même de l'assurance. Son inclusion au chapitre « De l'assurance de dommages » ne change pas le caractère général du principe qu'elle exprime (à la p. 1070) :

But the “intentional fault” principle reflected in article 2563, while under the heading of damage insurance, is not limited to cases of damage insurance only. The principle is fundamental to the notion of risk in insurance law and its “raison d’être” is obvious. The insured is not permitted, by his own intentional act, to bring about the realisation of the risk for which the insurance policy was issued.

The Court of Appeal applied the rules relating to the intentional fault of the insured and found that Mr. Arbic had not committed an “intentional fault” since he had not had the intention of ending his life when he planted a bomb under a car at Dorval Airport. In discussing the concept of “risk” in an insurance contract, the Court of Appeal also found that the theory of “courting the risk” could not apply in this case.

In its factum, the appellant repeated the analysis done by the Court of Appeal but came to a different conclusion. In its submission, an insured who, by his or her conduct, alters the risk or hastens the occurrence of an event that is the object of a risk relieves the insurer of its duty. Moreover, the risk must exist not only at the time the contract is made but also at the time the event that is the object of the insurance occurs. The appellant said that the act committed by Mr. Arbic had objectively exposed him to death. Furthermore, it said Mr. Arbic had eliminated the uncertainty of the event.

This argument, which relates to the concept of the risk in an insurance contract and the concept of intentional fault, does not have the effect ascribed to it by the appellant. The concept of intentional act in life insurance is governed specifically by art. 2532 *C.C.L.C.*, with respect to the suicide of the insured, and arts. 2559 and 2560 *C.C.L.C.*, with respect to an attempt on the life of the insured by a third person. In the case of suicide, as we know, the *Civil Code* provides a special rule, that the voluntary death of the insured is a cause of nullity only during the first two years of the coverage. Any stipulation to the contrary is without effect. The legislature has thus restricted the scope of the principle that intentional acts are excluded, and this undoubtedly stems from the fact that it would frequently be difficult

[TRADUCTION] Cependant, le principe de la « faute intentionnelle » dont il est question à l’article 2563, même s’il s’insère sous le chapitre de l’assurance de dommages, ne vise pas que les cas d’assurance de dommages. Ce principe est fondamental à la notion du risque dans le droit des assurances et sa « raison d’être » est évidente. L’assuré ne peut intentionnellement provoquer la réalisation du risque couvert par la police d’assurance.

Appliquant les règles relatives à la faute intentionnelle de l’assuré, la Cour d’appel a ainsi conclu que M. Arbic n’avait pas commis de « faute intentionnelle » puisqu’il n’avait pas eu l’intention de mettre fin à ses jours lorsqu’il a posé une bombe sous une voiture à l’aéroport de Dorval. Discutant du concept du « risque » dans le contrat d’assurance, la Cour d’appel a également jugé que la théorie de la « prise du risque » ne pouvait trouver application en l’espèce.

Dans son mémoire, l’appelante reprend l’analyse de la Cour d’appel mais arrive à une conclusion différente. Selon elle, l’assuré qui, par sa conduite, dénature le risque ou en accélère la réalisation libère l’assureur de l’exécution de son obligation. De plus, le risque doit être présent non seulement au moment de la conclusion du contrat mais également au moment de la survenance de l’événement qui fait l’objet de l’assurance. L’appelante affirme que l’acte commis par M. Arbic l’a exposé objectivement au décès. Plus encore, elle affirme que M. Arbic a fait disparaître l’incertitude de l’événement.

Cet argument, relatif au concept du risque dans le contrat d’assurance et à la notion de faute intentionnelle, n’a pas l’effet que lui prête l’appelante. En effet, le concept d’acte intentionnel est régi de façon particulière par l’art. 2532 *C.c.B.C.* à propos du suicide de l’assuré et par les art. 2559 et 2560 *C.c.B.C.* au sujet de l’attentat sur sa vie par un tiers. Quant au suicide, comme on le sait, le *Code civil* édicte une règle spéciale d’après laquelle la mort volontaire de l’assuré ne constitue une cause de nullité que pendant les deux premières années de l’existence de la couverture. Toute stipulation à l’effet contraire demeure sans effet. Le législateur apporte ainsi un tempérament au principe de l’exclusion de l’acte intentionnel qui tient, sans doute, aux difficultés fréquentes d’identifier les véritables suicides et leurs

35

36

37

to identify true suicides and their causes. That rule also undoubtedly expresses concern for protecting the interests of innocent third parties, a concern that is also found in the rules relating to attempts on the life of the insured. When the owner of the contract makes an attempt on the life of the insured, art. 2559 *C.C.L.C.* provides that the contract is null and that the surrender value must be repaid. Conversely, if the attempt is made by someone other than the owner, the only effect is forfeiture of the rights of the person who committed the attempt. Accordingly, in the context of a life insurance contract, the suicide of the insured and an attempt on the life of the insured are the only intentional acts, within the parameters established by the *Civil Code*, that affect the risk of death, and particularly, the time at which the event that is the object of that risk occurs (Bergeron, *supra*, at pp. 18-20).

38

In this case, the act committed by Mr. Arbic was not an intentional act within the meaning of the rules referred to *supra*. According to the admissions at the trial, Mr. Arbic was obviously committing a serious indictable offence when he died. However, he did not intend to bring about his own death. The incident that occurred was still contingent. Subject to the public order exception cited by the insurer, the insurance policy continued to apply, absent a specific exclusion clause. I will now consider that exception.

D. *Public Order Exception*

39

The appellant argued that public order operates as a bar to the respondent's claim. Under art. 2550, a person who commits a crime, and his or her legal representatives, may not claim the proceeds of an insurance policy when the loss has been caused by an indictable offence. In the appellant's submission, the exception in this provision may be set up against the designated beneficiary.

40

At this stage of the analysis, it is important that the legal effect of the exception cited by the appellant be fully understood. Unlike the causes of nullity, such as false statements and non-disclosure, the exception "no one may profit from his or her own crime" does not affect the initial validity of the insurance contract itself. Rather, it is a bar to the

causes. Cette règle exprime aussi, sans doute, un souci de protection des intérêts des tiers innocents que l'on retrouve également dans les règles relatives à l'attentat sur la vie de l'assuré. En effet, lorsque le propriétaire du contrat attente à la vie de l'assuré, l'art. 2559 *C.c.B.C.* décrète la nullité du contrat et le paiement de la valeur de rachat. À l'inverse, si l'attentat provient d'une autre personne que le propriétaire, l'acte n'entraîne que la déchéance des droits de son auteur. Ainsi, dans le contexte d'un contrat d'assurance-vie, le suicide de l'assuré et l'attentat à sa vie demeurent les seuls actes intentionnels qui, dans les limites fixées par le *Code civil*, touchent le risque de perte de la vie et, surtout, le moment de sa réalisation (Bergeron, *op. cit.*, p. 18-20).

En l'espèce, l'acte commis par M. Arbic ne constituait pas un acte à caractère intentionnel au sens des règles mentionnées précédemment. Certes, les parties ont reconnu au procès que M. Arbic commettait un acte criminel grave lorsqu'il est décédé. Il n'entendait cependant pas provoquer sa propre mort. L'incident survenu conservait un caractère aléatoire. Sous réserve de l'exception d'ordre public invoquée par l'assureur, la police d'assurance continuait à s'appliquer, faute d'exclusion spécifique. J'examinerai maintenant cette exception.

D. *L'exception d'ordre public*

L'appelante plaide que l'ordre public fait obstacle à la réclamation de l'intimée. En vertu de l'art. 2550, l'auteur d'un crime et ses représentants légaux ne sont pas admis à réclamer le produit d'une police d'assurance lorsque le sinistre est causé par un acte criminel. Selon l'appelante, cette exception est opposable au bénéficiaire désigné.

À cette étape de l'analyse, il importe de bien comprendre l'effet juridique de l'exception invoquée par l'appelante. Contrairement à des causes de nullité comme les fausses déclarations et réticences, l'exception « nul ne peut profiter de son propre crime » ne porte pas sur la validité initiale du contrat d'assurance. Elle fait plutôt obstacle au droit de

right to claim the indemnity provided by the policy, based on a principle of social morality. That principle would punish not only the person who committed the crime but also any beneficiary who could claim under the policy, even in the absence of any connection to the crime.

The respondent submitted that this exception does not exist in Quebec civil law. Accepting it would amount to improperly importing common law precedents into our civil law. Only the imperative rules, as so defined in the *Civil Code*, may be applied by the courts. Since the rule that no one may profit from his own crime is not stated in the *Civil Code*, the Quebec courts cannot create it judicially.

Ultimately, this argument denies that public order has been defined by the courts in Quebec private law. That argument is wrong. Civil law has long recognized the authority of the courts to define and develop these principles of fundamental law, or rules of community life, that inform the entire manner in which private law applies. In practice, due to the convergence of the values of Western societies, it should come as no surprise that there are major similarities in terms of the substance of public order in the various legal systems.

Most of the principles of public order, of course, are codified in the *C.C.L.C.* or the *Civil Code of Québec*. However, the statutes and regulations do not provide an exhaustive list of the principles of public order. Those principles may be created by the courts. As Baudouin J.A. pointed out in *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2570 (aff'd [1997] 3 S.C.R. 844):

[TRANSLATION] Public order, in Quebec, may not be defined solely as the values protected by the charters or by ordinary legislation. In other words, this concept does not consist solely of a legislative corpus and the task of defining the substance of that concept is not within the purview of the legislature (arts. 9, 1373, 1413 C.C.Q.).

Public order is also defined by the courts, whose duty it is to give it sanction and mould it, having regard to the fundamental values of the society at a particular point in its development.

réclamer l'indemnité prévue par la police au nom d'un principe de morale sociale. Celui-ci punirait non seulement l'auteur du crime mais tout bénéficiaire susceptible de réclamer en vertu de la police, bien que totalement étranger au crime.

L'intimée soutient que cette exception n'existe pas en droit civil québécois. Admettre son existence équivaut à importer de façon inadmissible la jurisprudence de common law dans notre droit civil. Seules les règles impératives déclarées telles au *Code civil* peuvent être appliquées par les tribunaux. Puisque le *Code civil* ne consacre pas la règle selon laquelle nul ne peut profiter de son propre crime, les tribunaux du Québec ne sauraient la créer judiciairement.

À la limite, ce moyen nie l'existence d'un ordre public constaté judiciairement en droit privé québécois. Ce moyen est mal fondé. Le droit civil reconnaît de longue date le pouvoir des tribunaux de définir et de développer ces principes de droit fondamental ou ces règles de vie sociale qui informent toute l'application du droit privé. Dans la pratique, en raison de la convergence des valeurs des sociétés occidentales, il ne devrait pas paraître étonnant que le contenu de l'ordre public présente des similitudes importantes dans les différents systèmes juridiques.

Bien sûr, la plupart des principes d'ordre public sont codifiés au *C.c.B.C.* ou au *Code civil du Québec*. Toutefois, les lois et les règlements n'énumèrent pas de manière exhaustive les principes d'ordre public. Ces derniers peuvent être de création judiciaire. Le juge Baudouin le rappelait dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2570 (conf. par [1997] 3 R.C.S. 844) :

L'ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu (art. 9, 1373, 1413 C.C.Q.).

L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination. Les tribunaux ont le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant en compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution.

41

42

43

(See also *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), at pp. 78-79, *per Gendreau J.A.*)

In a study of the concept of economic public order in Quebec law, Professor Vincent Karim expressed the same view:

[TRANSLATION] We would recall that in some cases the courts must determine the validity of the agreement or the contractual clause where there is no statutory provision dealing with such clauses or agreements. The concept of public order is not limited to the legislative concept; it may also consist of judicial decisions since, even where there is a legislative void, the courts have "the duty to give it sanction and mould it, having regard to the fundamental values of the society at a particular point in its development".

(V. Karim, "L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation" (1999), 40 *C. de D.* 403, at p. 409; B. Lefebvre, "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", in *Développements récents en droit civil* (1994), 149)

44 The Quebec courts have often moulded the principles of public order despite the legislature's silence. For example, even when the *C.C.L.C.* did not contain any provisions in that regard, this Court made non-competition clauses subject to strict conditions of validity based on public order (*Cameron v. Canadian Factors Corp.*, [1971] S.C.R. 148).

45 In insurance cases, the Quebec courts have expressly recognized the principle of public order holding that no one may profit from his or her own crime (see *Bélair v. Lasalle*, [1970] C.A. 275, and *Foncière Compagnie d'Assurance de France v. Perras*, [1942] Que. K.B. 231, *aff'd* [1943] S.C.R. 165). However, it must be noted that those cases were decided prior to the enactment of the insurance law provisions in the *C.C.L.C.* The question that must therefore be asked is whether the 1976 insurance law reform eliminated this principle of public order.

46 It must be pointed out that jurisdiction in respect of public order is composed of two aspects (Karim, *supra*, p. 409). First, unless expressly provided by the legislature, the courts have the authority to

(Voir aussi *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), p. 78-79, le juge Gendreau.)

Dans une étude sur le concept d'ordre public économique en droit québécois, le professeur Vincent Karim abondait dans le même sens :

Rappelons que, dans certains cas, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur la validité de l'engagement ou de la clause contractuelle en l'absence d'une disposition législative traitant de tels clauses ou engagements. En effet, la notion d'ordre public ne se limite pas au concept législatif, mais elle peut être également constituée par décisions judiciaires puisque les tribunaux ont, même en cas de vide législatif, « le devoir de le sanctionner et de le modeler en prenant compte les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution ».

(V. Karim, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation » (1999), 40 *C. de D.* 403, p. 409; B. Lefebvre, « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit civil* (1994), 149)

À plusieurs reprises, les tribunaux québécois ont façonné des principes d'ordre public et ce, malgré le silence du législateur. À titre d'exemple, alors même que le *C.c.B.C.* ne prévoyait aucune disposition à ce sujet, notre Cour a assujéti les clauses de non-concurrence à des conditions strictes de validité relevant de l'ordre public (*Cameron c. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148).

En matière d'assurance, les tribunaux québécois ont expressément reconnu l'existence du principe d'ordre public selon lequel nul ne peut profiter de son propre crime (voir *Bélair c. Lasalle*, [1970] C.A. 275, et *Foncière Compagnie d'Assurance de France c. Perras*, [1942] B.R. 231, *conf. par* [1943] R.C.S. 165). Toutefois, il faut souligner que ces décisions sont antérieures à l'adoption des dispositions sur le droit des assurances contenues au *C.c.B.C.* La question qui se pose donc est celle de savoir si la réforme du droit des assurances de 1976 a éliminé ce principe d'ordre public.

Il faut se rappeler que la compétence judiciaire en matière d'ordre public comporte deux volets (Karim, *loc. cit.*, p. 409). D'une part, à moins que le législateur ne l'ait précisé expressément, les

determine whether certain statutory provisions are matters of public order. Second, the courts may raise any unwritten rule to the rank of a principle of public order where that rule is consistent with the fundamental values of the society at a particular point in its development.

As the respondent pointed out, art. 2500 *C.C.L.C.* does indeed expressly provide that the articles under the title "Of Insurance" that are listed there are matters of public order. However, the enactment of art. 2500 *C.C.L.C.* did not wipe out the principle that "no one may profit from his or her own crime" in Quebec insurance law, or eliminate the role of the courts in defining and identifying the rules of public order.

The respondent also cited art. 2481 *C.C.L.C.* as authority for ignoring the public order exception. In her submission, the legislature would not have acknowledged that indictable offences may be excluded if the public order rule that "no one may profit from his or her own crime" already did this. Article 2481 *C.C.L.C.* provides:

2481. Every general clause releasing the insurer if any act or regulation is violated is without effect, unless such violation constitutes an indictable offence.

In the respondent's submission, this provision implicitly imposes an obligation on an insurer that wants to be released from its obligations in cases where an indictable offence has been committed to include a clause to that effect. Otherwise, the insurance policy covers the occurrence of an event that is the object of the risk insured, even if it occurs in the commission of an indictable offence. This interpretation is correct, especially since the second paragraph of art. 2502 provides that exclusions must be clearly indicated in the insurance contract:

2502. . . .

The insurer cannot invoke exclusions or clauses of reduction of coverage except those clearly indicated under an appropriate title, such as the following: "*Exclusions and Reduction of Coverage*".

I cannot accept the respondent's argument that the existence of the public order exception means that art. 2481 *C.C.L.C.* serves no purpose. On the

tribunaux ont le pouvoir de déterminer si certaines dispositions législatives relèvent de l'ordre public. D'autre part, les tribunaux ont le pouvoir d'élever au rang de principe d'ordre public toute règle non écrite qui s'accorde avec les valeurs fondamentales de la société à un moment donné de son évolution.

Certes, comme le souligne l'intimée, l'art. 2500 *C.c.B.C.* prévoit expressément que les dispositions du titre « Des assurances » qui y sont énumérées relèvent de l'ordre public. Cependant, l'adoption de l'art. 2500 *C.c.B.C.* n'a pas éliminé le principe « nul ne peut profiter de son propre crime » du droit québécois des assurances, ni supprimé la fonction judiciaire de définition et d'identification des règles d'ordre public.

L'intimée s'appuie également sur l'art. 2481 *C.c.B.C.* pour écarter l'exception d'ordre public. À son avis, le législateur n'aurait pas reconnu qu'il était possible d'exclure les actes criminels si la règle d'ordre public voulant que « nul ne peut profiter de son propre crime » le faisait déjà. L'article 2481 *C.c.B.C.* dispose que :

2481. Est sans effet toute clause générale libérant l'assureur en cas de violation des lois ou des règlements, à moins que cette violation ne constitue un acte criminel.

Selon l'intimée, cette disposition impose implicitement à l'assureur qui veut être libéré de ses obligations en cas de perpétration d'un acte criminel l'obligation d'inclure une clause à cet effet. À défaut, la police d'assurance couvre la réalisation du risque assuré même lorsqu'il survient lors de la commission d'un acte criminel. Cette interprétation est exacte, d'autant plus que le deuxième alinéa de l'art. 2502 stipule que les exclusions doivent être expressément mentionnées au contrat d'assurance :

2502. . . .

L'assureur ne peut invoquer que les exclusions ou clauses de réduction de la garantie qui sont clairement signalées sous un titre approprié, tel que « *Exclusions et réductions de la garantie* ».

Je ne peux accepter la prétention de l'intimée selon laquelle l'existence de l'exception d'ordre public prive l'art. 2481 *C.c.B.C.* de son utilité. Au

47

48

49

50

contrary, as noted earlier, it leaves the insurer free to stipulate that the indictable offences and the consequences of those offences are excluded with respect to everyone, which was not done in this case.

51 The principle of public order that “no one may profit from his or her own crime” therefore exists in Quebec insurance law. First, the Quebec courts applied this principle before the 1976 insurance law reform. Second, there is nothing in the new provisions of 1976 to suggest that the legislature intended to preclude it. We must now consider the real meaning of this principle.

E. *Meaning of the Public Order Exception*

52 Notwithstanding the existence of the exception, it is not as absolute as was suggested by the appellant. In common law, this can be seen in Major J.’s reasons in *Oldfield*, *supra*, and I refer to his analysis on the point. The common law, as it has developed, does not demand that approach, nor does the civil law require it.

53 The public order rule is intended to prevent the insured or the person entitled to receive the insurance indemnity from profiting from his or her own crime. Insurance law does not, however, preclude the protection of innocent third persons or beneficiaries from the consequences of criminal activity. Many forms of insurance, such as fire, vandalism, fraud or theft insurance, cover risks of that nature. In addition, the trend in insurance law is toward limiting the effect of causes of nullity or forfeiture as against innocent third parties who have personal interests under the insurance contract. In this case, Ms. Goulet was the person who had the economic interest in the insurance policy before her husband’s death. Her husband was still the policyholder whose life was insured, but the right to claim the insurance indemnity was Ms. Goulet’s, by virtue of being designated as beneficiary.

54 The appellant argued that art. 2550 *C.C.L.C.* allows it to set up the public order rule that “no one may profit from his or her own crime”, which it could have asserted against the insured, against

contraire, tel qu’il est indiqué plus haut, elle laisse l’assureur libre de stipuler l’exclusion des actes criminels et de leurs conséquences à l’égard de tous, ce qui n’a pas été fait dans le présent dossier.

Ainsi, le principe d’ordre public selon lequel « nul ne peut profiter de son propre crime » existe en droit québécois des assurances. D’une part, les tribunaux québécois ont appliqué ce principe avant la réforme du droit des assurances de 1976. D’autre part, rien dans les nouvelles dispositions de 1976 ne laisse croire que le législateur ait voulu l’écarter. Il faut maintenant examiner la portée réelle de ce principe.

E. *La portée de l’exception d’ordre public*

Malgré son existence, l’exception n’a toutefois pas l’absolutisme que lui prête l’appelante. En common law, les motifs du juge Major dans l’affaire *Oldfield*, précité, en font foi et je m’en rapporte à son analyse sur le sujet. La common law, telle qu’elle a évolué, n’exige pas une telle solution. Le droit civil ne l’impose pas davantage.

La règle d’ordre public veut empêcher l’assuré ou le titulaire du droit à l’indemnité d’assurance de profiter de son crime. Le droit des assurances n’interdit pas toutefois de protéger des tiers ou des bénéficiaires innocents contre les conséquences d’une activité criminelle. Bien des formes d’assurance (p. ex. assurance contre l’incendie, les dommages criminels, la fraude ou le vol) portent sur de tels risques. L’évolution du droit des assurances tend de plus à limiter l’effet des causes de nullité ou de déchéance à l’égard des tiers innocents qui détiennent des intérêts propres en vertu du contrat d’assurance. Dans la présente affaire, M^{me} Goulet se trouvait titulaire de l’intérêt économique de la police d’assurance avant le décès de son mari. Celui-ci restait le preneur dont la vie était assurée, mais le droit de percevoir l’indemnité d’assurance revenait à M^{me} Goulet par l’effet de sa désignation à titre de bénéficiaire.

L’appelante soutient que l’art. 2550 *C.c.B.C.* lui permet d’opposer au bénéficiaire innocent du contrat d’assurance la règle d’ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » qu’il aurait pu faire

the innocent beneficiary of the insurance contract. According to the legal literature, art. 2550 C.C.L.C. constitutes an exception to the principle of the privity of contracts. It allows the insurer to set up against the beneficiary all of the causes of nullity or forfeiture that are based on the existence of the contract. For example, an insurer may set up against the beneficiary (even an innocent beneficiary) a false statement of the risks, non-payment of premiums and cancellation of the contract. However, the insurer may not set up against the beneficiary causes of nullity or forfeiture that are purely personal to the insured. On this point, the comments made by M. Picard and A. Besson, with respect to a provision in the French insurance code that is similar to art. 2550 C.C.L.C., are relevant:

[TRANSLATION] While the beneficiary has a personal and direct right against the insurer, the beneficiary nonetheless derives that right from the contract entered into by the subscriber and the insurer. The existence and scope of the beneficiary's claim are determined by the contract. The beneficiary can have no rights other than those that result from the policy, in accordance with the law of 1930. The beneficiary can act against the insurer only in reliance on that policy. Therefore, all the limitations, restrictions or exceptions resulting from the insurance contract that could normally be set up against the policyholder may also be set up against the beneficiary. Undoubtedly, the insurer cannot set up exceptions against the beneficiary that are strictly personal to the subscriber and unrelated to the contract (for example, set-off resulting from a claim against the subscriber for a matter unrelated to the contract). In contrast, all of the defences that derive from the policy itself on which the beneficiary relies may be set up against the beneficiary by the insurer. [Emphasis added.]

(M. Picard and A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français* (4th ed. 1975), vol. 1, at p. 434)

Because the public order rule that “no one may profit from his or her own crime” does not affect the validity of the formation of the contract and is not based on the terms of the insurance contract, art. 2550 C.C.L.C. cannot be used to deprive the innocent beneficiary of his or her claim where the insured died when committing an indictable offence. That conclusion is supported by *Stats v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233, at pp. 244-45, in which the Ontario Court of Appeal

valoir à l'endroit de l'assuré. La doctrine enseigne que l'art. 2550 C.c.B.C. constitue une exception à l'effet relatif des contrats. Il permet à l'assureur d'opposer au bénéficiaire toutes les causes de nullité ou de déchéance qui sont fondées sur l'existence du contrat. Par exemple, un assureur peut opposer au bénéficiaire (même innocent) une fausse déclaration des risques, le non-paiement des primes et la résiliation du contrat. Il ne peut cependant pas opposer au bénéficiaire des causes de nullité ou de déchéance qui sont purement personnelles à l'assuré. Sont pertinents à cet égard les propos de M. Picard et A. Besson relativement à une disposition similaire à l'art. 2550 C.c.B.C. dans le Code français des assurances :

S'il dispose d'un droit propre et direct contre l'assureur, le bénéficiaire puise néanmoins ce droit dans le contrat conclu entre le souscripteur et l'assureur. Dès lors, l'existence et l'étendue de sa créance sont déterminées par le contrat. Il ne saurait avoir d'autres droits que ceux qui résultent de la police, conformément à la loi de 1930. Il ne peut agir contre l'assureur qu'en invoquant cette police. Dès lors, toutes les limites, restrictions ou exceptions résultant du contrat d'assurance et qui seraient normalement opposables au souscripteur lui sont également opposables. Sans doute l'assureur ne peut opposer au bénéficiaire des exceptions purement personnelles au souscripteur et indépendantes du contrat (par exemple la compensation résultant d'une créance contre le souscripteur pour une cause étrangère à ce contrat). En revanche, tous les moyens de défense trouvant leur source dans l'assurance même dont se prévaut le bénéficiaire sont opposables à ce dernier par l'assureur. [Je souligne.]

(M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français* (4^e éd. 1975), t. 1, p. 434)

Comme la règle d'ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » n'affecte pas la validité de la formation du contrat et ne se fonde pas sur les termes du contrat d'assurance, l'art. 2550 C.c.B.C. ne peut être utilisé pour priver le bénéficiaire innocent de son indemnité lorsque l'assuré est décédé en commettant un acte criminel. Cette conclusion est supportée par l'arrêt *Stats c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233, p. 244-245, où la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'une

recognized that a section similar in wording to s. 195 in the Ontario *Insurance Act* (the equivalent of art. 2550 *C.C.L.C.*) did not allow the insurer to set up the public policy rule that “no one may profit from his or her own crime” due to the very nature of that cause of forfeiture:

Although the question was not raised in argument before us, I have considered whether the concluding words of s. 263(3) of the *Insurance Act* might deprive the beneficiary of her right to recover. They provide that, in a suit by a beneficiary under an accident policy, “the insurer may set up any defence that it could have set up against the insured or his personal representative”. I am of the opinion that this proviso does not operate to deprive the beneficiary of her remedy. This section does not force the beneficiary to stand in the shoes of the insured or of her estate . . . She is not the *alter ego* of the insured and the preservation of the insured’s rights of defence cannot be taken to extend the public policy rule to the beneficiary in circumstances where it does not apply to her.

The Legislature, it seems to me in view of this statutory history, when enacting the concluding words of what is now s. 263(3) intended to avoid the confusion which had earlier arisen and to ensure that the insurer would enjoy the protection of conditions contained in the insurance contract notwithstanding lack of privity with the beneficiary.

However, these concluding words should not be stretched to encompass aspects beyond their clearly evident purpose. They are intended to *preserve* defences which might be prejudiced if the beneficiary were not bound by the policy conditions; they cannot be taken to *extend* the scope of defences which have no connection with the policy conditions and to which the beneficiary would not be subject even if she were bound by the policy conditions. The rule of public policy is applied by the Courts quite apart from the requirements laid down as conditions in the insurance contract and the two should not be confused. Therefore, where the beneficiary, as in this case, is not otherwise barred by the public policy rule, the concluding words of s. 263(3) would not extend that rule to her. [Emphasis in original.]

disposition dont la formulation est semblable à celle de l’art. 195 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario (l’équivalent de l’art. 2550 *C.c.B.C.*) ne permettait pas à l’assureur d’opposer la règle d’ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » en raison de la nature même de cette cause de déchéance :

[TRADUCTION] Bien que la question n’ait pas été soulevée devant nous, je me suis demandé si la dernière phrase du par. 263(3) de la *Loi sur les assurances* pouvait empêcher la bénéficiaire de toucher l’indemnité. Aux termes de cette disposition, dans le cadre d’une poursuite par le bénéficiaire d’une police d’assurance contre les accidents, « l’assureur peut toutefois opposer les moyens de défense qu’il aurait pu opposer à l’assuré ou à son représentant personnel ». Je suis d’avis que cette disposition n’a pas pour effet de priver la bénéficiaire de son redressement. Cet article n’impose pas à la bénéficiaire de prendre la place de l’assurée ou de son successeur [. . .] Elle n’est pas l’alter ego de l’assurée et le maintien des droits aux moyens de défense de l’assurée ne peut signifier que la règle d’ordre public est opposable à la bénéficiaire dans des circonstances où elle ne s’applique pas à son égard.

Compte tenu de cet historique législatif, il me semble que la législature, lors de l’adoption de la dernière phrase de ce qui est maintenant le par. 263(3), visait à éviter la confusion qui avait existé et à s’assurer que l’assureur jouirait de la protection des conditions prévues au contrat d’assurance malgré l’absence d’un lien contractuel avec le bénéficiaire.

Cependant, la dernière phrase ne doit pas être interprétée de façon à englober des aspects qui vont clairement au-delà de ce qui est son objet tout à fait évident. Cette phrase vise à *maintenir* les moyens de défense qui ne pourraient être opposés si la bénéficiaire n’était pas liée par les conditions de la police; on ne peut l’interpréter comme *élargissant* la portée des moyens de défense qui n’ont aucun rapport avec les conditions de la police et qui ne seraient pas opposables à la bénéficiaire même si elle était liée par les conditions de la police. Les tribunaux appliquent la règle de l’ordre public indépendamment des conditions du contrat d’assurance, et il ne faut pas confondre les deux. En conséquence, lorsque la règle de l’ordre public n’écarte pas par ailleurs la bénéficiaire, comme c’est le cas en l’espèce, la dernière phrase du par. 263(3) ne permettrait pas de lui opposer cette règle. [En italique dans l’original.]

Thus, to prevent Ms. Goulet from claiming the indemnity, the insurance contract should have contained a clause specifically providing that the insurer was not required to pay the indemnity if the insured died in the commission of an indictable offence. This clause of the contract could have been set up against the innocent beneficiary under art. 2550 C.C.L.C.

A public order rule such as the one the appellant has suggested be applied would not be of any value to society. It aims at the behaviour of the insured, and would punish an innocent beneficiary who is in the position of a third party in relation to the insured. The public order exception cannot be set up against the respondent, who is entitled to the proceeds of the life insurance policy taken out by her husband, as held by the Superior Court and the Quebec Court of Appeal.

V. Conclusion

For these reasons, the appeal must be dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Pépin, Létourneau, Montréal.

Solicitors for the respondent: Petit, Blaquière & Dagenais, Saint-Laurent.

Ainsi, pour empêcher M^{me} Goulet de réclamer l'indemnité, le contrat d'assurance aurait dû contenir une clause prévoyant expressément que l'assureur n'était pas tenu de verser l'indemnité si l'assuré perdait la vie lors de la commission d'un acte criminel. Cette clause du contrat aurait été opposable au bénéficiaire innocent en vertu de l'art. 2550 C.c.B.C.

Une règle d'ordre public comme celle que l'appelante propose d'appliquer ne présenterait pas d'intérêt sociétal. Visant le comportement de l'assuré, elle punirait un bénéficiaire innocent placé dans la relation d'un tiers avec lui. L'exception d'ordre public ne peut être opposée à l'intimée. Celle-ci a droit au produit de l'assurance-vie prise par son mari, ainsi que l'ont conclu la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec.

V. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Pépin, Létourneau, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Petit, Blaquière & Dagenais, Saint-Laurent.

56

57

58

**Transamerica Life Insurance Co. of
Canada** *Appellant*

v.

Maria Oldfield *Respondent*

**INDEXED AS: OLDFIELD v. TRANSAMERICA LIFE
INSURANCE CO. OF CANADA**

Neutral citation: 2002 SCC 22.

File No.: 28163.

2001: November 8; 2002: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Insurance law — Life insurance — Public policy — Insurer refusing to pay proceeds of life insurance policy to beneficiary after insured died accidentally while committing a crime — Whether beneficiary's claim barred — Whether public policy precludes recovery by innocent beneficiary where death of insured was caused by his criminal acts.

When the respondent and her husband P separated, they agreed that P would maintain sufficient life insurance coverage in lieu of child and spousal support, and that the respondent would be named the beneficiary until their two children became 18 years old. P died while carrying 30 cocaine-filled condoms in his stomach. One burst, causing a heart attack. The respondent claimed the proceeds of P's life insurance policy. The appellant insurer refused to pay, saying her claim was barred by the public policy principle that a person should not be allowed to insure against his own criminal act. Ruling on a special case submitted by the parties, the trial court concluded that no public policy or rule of contractual interpretation barred the respondent's claim. The Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: It is not

**Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica
du Canada** *Appelante*

c.

Maria Oldfield *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : OLDFIELD c. CIE D'ASSURANCE-VIE
TRANSAMERICA DU CANADA**

Référence neutre : 2002 CSC 22.

N° du greffe : 28163.

2001 : 8 novembre; 2002 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit des assurances — Assurance-vie — Règle de l'ordre public — Refus de l'assureur de verser à la bénéficiaire le produit de la police d'assurance-vie après le décès accidentel de l'assuré lors de la perpétration d'un crime — La réclamation de la bénéficiaire est-elle irrecevable? — La règle de l'intérêt public empêche-t-elle un bénéficiaire innocent de recouvrer le capital assuré dans le cas où le décès de l'assuré a été causé par ses actes criminels?

Lorsque l'intimée et son mari P se sont séparés, ils ont convenu que P maintiendrait une assurance-vie suffisante tenant lieu de paiements alimentaires au profit de son ex-femme et de ses enfants et que l'intimée serait désignée comme bénéficiaire jusqu'à ce que leurs deux enfants atteignent l'âge de 18 ans. P décède à la suite d'une crise cardiaque provoquée par la rupture de l'un des 30 condoms remplis de cocaïne qu'il transportait dans son estomac. L'intimée réclame le produit de la police d'assurance-vie de P. L'assureur appelant refuse de payer, invoquant l'irrecevabilité de la réclamation selon le principe d'ordre public que nul ne peut s'assurer contre son acte criminel. Se fondant sur l'exposé de cause des parties, le tribunal de première instance conclut à l'absence de règle d'ordre public et de règle d'interprétation des contrats rendant irrecevable la réclamation de l'intimée. La Cour d'appel confirme cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel :

against public policy to permit an innocent beneficiary to obtain the proceeds of a life insurance policy where the insured accidentally dies during the course of a criminal act. The public policy rule at issue is that a criminal should not be permitted to profit from crime. The rule extends to those who claim through the criminal's estate. The respondent has not asserted her right to the insurance proceeds as a successor of the insured, however, but as an ordinary beneficiary, with the result that her claim is not tainted by any illegality on the part of her husband.

Section 118 of the Ontario *Insurance Act*, which states that "a contravention of any criminal or other law in force in Ontario or elsewhere does not, by that fact alone, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance", and then provides an exception with respect to life insurance, does not stand for the broader proposition that a contravention of any criminal or other law renders life insurance contracts unenforceable. The principle behind s. 195 of the Act, which permits a beneficiary to enforce an insurance contract for his or her own benefit, but provides that the insurer may set up any defence that it could have set up against the insured, is that the third party can be in no better position than the insured. Where the beneficiary is not otherwise barred by the public policy rule, the concluding words of s. 195 would not extend that rule to him or her.

It is consistent with justice that innocent beneficiaries not be disentitled to insurance proceeds merely because an insured accidentally dies while committing a criminal act. To deny recovery would penalize the victim for the insured's anti-social behaviour. To permit recovery in such circumstances will not create a new cottage industry where insurance companies vie to insure criminal activities. If an insurance contract purported to cover an illegal activity, the contract would be unlawful and could not be enforced. By contrast, where the agreement is lawful on its face but carried out in an illegal manner, exceptions to the public policy apply. Public policy does not bar the respondent's claim. It might be appropriate to modify the public policy rule so as to permit an innocent person who claims through the criminal's estate to take insurance proceeds.

Per L'Heureux-Dubé J.: The forfeiture rule, which is based on the public policy that although a wrongdoer cannot profit from his or her crime, neither should an insurance company be allowed to abrogate its responsibilities under a contract by invoking a rule of public policy,

Il n'est pas contraire à l'ordre public de permettre à un bénéficiaire innocent d'obtenir le produit d'une police d'assurance-vie, dans le cas où la personne assurée décède accidentellement au cours de la perpétration d'un acte criminel. Selon la règle de l'ordre public en cause, un criminel ne devrait pas pouvoir profiter de son crime. La règle s'applique aux successeurs du criminel. L'intimée n'a pas revendiqué son droit au produit de l'assurance à titre de successeur de l'assuré, mais à titre de bénéficiaire ordinaire, de sorte que sa réclamation n'est pas viciée par quelque illégalité commise par son mari.

L'article 118 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, qui dispose que « le seul fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, en vigueur en Ontario ou ailleurs, ne rend pas, par le fait même, inexécutoire la demande d'indemnité présentée aux termes d'un contrat d'assurance » et qui prévoit une exception à l'égard de l'assurance-vie, n'appuie pas la thèse plus générale selon laquelle le fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, rendrait les contrats d'assurance-vie inexécutoires. Le principe qui sous-tend l'art. 195 de la Loi, selon lequel le bénéficiaire peut, à son profit, faire exécuter le contrat d'assurance et qui permet à l'assureur d'opposer les moyens de défense qu'il aurait pu opposer à l'assuré, est que la tierce partie ne peut être dans une meilleure position que l'assuré. Lorsque la règle de l'ordre public n'écarte pas par ailleurs le bénéficiaire, la dernière phrase de l'art. 195 ne permettrait pas de lui opposer cette règle.

Il est compatible avec les principes de justice que le bénéficiaire innocent ne perd pas son admissibilité au produit de l'assurance du simple fait que l'assuré décède accidentellement en commettant un acte criminel. Refuser l'indemnisation pénaliserait la victime pour le comportement anti-social de l'assuré. Permettre l'indemnisation dans ces circonstances ne créera pas une nouvelle industrie florissante où les compagnies d'assurances rivaliseront pour assurer des activités criminelles. Un contrat d'assurance couvrant une activité illégale serait illégal et ne pourrait être exécuté. Par contre, si l'entente est à première vue légale, mais est exécutée d'une façon illégale, les exceptions à la règle de l'ordre public s'appliquent. L'ordre public ne fait pas obstacle à la réclamation de l'intimée. Il pourrait être approprié de modifier la règle de l'ordre public de manière à permettre à un successeur innocent du criminel de toucher le produit de l'assurance.

Le juge L'Heureux-Dubé : La règle de la déchéance, qui est fondée sur la règle de l'ordre public selon laquelle si l'auteur d'un méfait ne peut profiter de son crime, on ne devrait pas non plus permettre à une compagnie d'assurances d'échapper à ses obligations contractuelles en

should be applied strictly and narrowly. Any relaxation of the rule should be left to the legislature. While a crime may prevent a person from benefiting from that crime, it cannot affect the rights of innocent third persons, which is precisely the case in this appeal. Competing public policies should be balanced to avoid injustices. Every time coverage is precluded pursuant to the forfeiture rule, an innocent victim is left uncompensated for his or her suffering and an otherwise enforceable contractual obligation is extinguished without consideration. In that sense, there is no reason to distinguish between named innocent beneficiaries and innocent beneficiaries claiming from the wrongdoer's estate.

Cases Cited

By Major J.

Approved: *Stats v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233, aff'd [1978] 2 S.C.R. 1153; **considered:** *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; **distinguished:** *Home Insurance Co. of New York v. Lindal*, [1934] S.C.R. 33; *Charlton v. Fisher*, [2001] E.W.J. No. 271 (QL); **referred to:** *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Beresford v. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602, aff'g [1937] 2 All E.R. 243; *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560; *Kerslake v. Gray*, [1957] S.C.R. 516; *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 Q.B. 745; *Moore v. Woolsey* (1854), 4 El. & Bl. 241, 119 E.R. 93; *Vandepitte v. Preferred Accident Ins. Co.*, [1933] 1 D.L.R. 289; *Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 363; *McCormick v. National Motor and Accident Insurance Union, Ltd.* (1934), 40 Com. Cas. 76; *Amicable Society v. Bolland*, [1824-34] All E.R. Rep. 570 (1830); *Bird v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 320 S.W.2d 955 (1959); *In the Estate of Crippen*, [1911-13] All E.R. Rep. 207 (1911); *Weeks v. New York Life Ins. Co.*, 122 S.E. 586 (1924); *Saunders v. Edwards*, [1987] 1 W.L.R. 1116; *Dunbar v. Plant*, [1997] 4 All E.R. 289; *Troja v. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Troja v. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Standard Life Assurance Co. v. Trudeau* (1900), 31 S.C.R. 376; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2.

invoquant une règle d'ordre public, devrait être appliquée de façon stricte et étroite. Tout assouplissement de la règle devrait être laissé au législateur. Bien que la perpétration d'un acte criminel puisse empêcher son auteur de profiter de son crime, elle ne peut affecter les droits des tiers, victimes innocentes, ce qui est précisément le cas dans le présent pourvoi. Il faudrait sopeser les principes d'intérêt public opposés pour éviter les injustices. Chaque fois que la protection de l'assurance est refusée par suite de l'application de la règle de la déchéance, une victime innocente n'est pas indemnisée de sa peine et une obligation contractuelle par ailleurs exécutoire est éteinte sans contrepartie. En ce sens, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les bénéficiaires innocents nommés et les bénéficiaires innocents de la succession du malfaiteur.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt approuvé : *Stats c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233, conf. par [1978] 2 R.C.S. 1153; **arrêt examiné :** *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; **distinction d'avec les arrêts :** *Home Insurance Co. of New York c. Lindal*, [1934] R.C.S. 33; *Charlton c. Fisher*, [2001] E.W.J. No. 271 (QL); **arrêts mentionnés :** *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Beresford c. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602, conf. [1937] 2 All E.R. 243; *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560; *Kerslake c. Gray*, [1957] R.C.S. 516; *Hardy c. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 Q.B. 745; *Moore c. Woolsey* (1854), 4 El. & Bl. 241, 119 E.R. 93; *Vandepitte c. Preferred Accident Ins. Co.*, [1933] 1 D.L.R. 289; *Post Office c. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 363; *McCormick c. National Motor and Accident Insurance Union, Ltd.* (1934), 40 Com. Cas. 76; *Amicable Society c. Bolland*, [1824-34] All E.R. Rep. 570 (1830); *Bird c. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 320 S.W.2d 955 (1959); *In the Estate of Crippen*, [1911-13] All E.R. Rep. 207 (1911); *Weeks c. New York Life Ins. Co.*, 122 S.C. 586 (1924); *Saunders c. Edwards*, [1987] 1 W.L.R. 1116; *Dunbar c. Plant*, [1997] 4 All E.R. 289; *Troja c. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Troja c. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147; *Standard Life Assurance Co. c. Trudeau* (1900), 31 R.C.S. 376; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2.

Statutes and Regulations Cited

Forfeiture Act 1982 (U.K.), 1982, c. 34, s. 2(2).
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 118, 188(1), 195.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1985, c. N-1, s. 3(1), (2).
Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930 (U.K.),
 20 & 21 Geo. 5, c. 25.

Authors Cited

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).
Chitty on Contracts, vol. 1, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.
 Lowry, John, and Philip Rawlings. *Insurance Law: Doctrines and Principles*. Oxford: Hart Publishing, 1999.
MacGillivray on Insurance Law, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones. London: Sweet & Maxwell, 1997.
 Sutton, Kenneth. *Insurance Law in Australia*, 3rd ed. Pyrmont, Australia: LBC Information Services, 1999.
 Wuehler, Russell B. "Rethinking Insurance's Public Policy Exclusion: California's Befuddled Attempt to Apply an Undefined Rule and a Call for Reform" (2001), 49 *U.C.L.A. L. Rev.* 651.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 49 O.R. (3d) 737, 135 O.A.C. 177, 21 C.C.L.I. (3d) 72, [2000] I.L.R. ¶ I-3877, [2000] O.J. No. 2793 (QL), upholding a judgment of the Ontario Court (General Division) (1998), 43 O.R. (3d) 114, 10 C.C.L.I. (3d) 123, [1999] I.L.R. ¶ I-3631, [1998] O.J. No. 5343 (QL). Appeal dismissed.

Paul J. Bates, Kirk F. Stevens and Simon Clements, for the appellant.

Alfred M. Kwinter and Ron Weinberger, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

MAJOR J. — Paul Oldfield carried 30 cocaine-filled condoms in his stomach. One burst, causing his death. His former spouse, Maria Oldfield, claimed the proceeds of Paul Oldfield's life insurance policy, in which she is named the beneficiary.

Lois et règlements cités

Forfeiture Act 1982 (R.-U.), 1982, ch. 34, art. 2(2).
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 118, 188(1), 195.
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. 1985, ch. N-1, art. 3(1), (2).
Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930 (R.-U.),
 20 & 21 Geo. 5, ch. 25.

Doctrine citée

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).
Chitty on Contracts, vol. 1, 28th ed. London : Sweet & Maxwell, 1999.
 Lowry, John, and Philip Rawlings. *Insurance Law : Doctrines and Principles*. Oxford : Hart Publishing, 1999.
MacGillivray on Insurance Law, 9th ed. by Nicholas Legh-Jones. London : Sweet & Maxwell, 1997.
 Sutton, Kenneth. *Insurance Law in Australia*, 3rd ed. Pyrmont, Australia : LBC Information Services, 1999.
 Wuehler, Russell B. « Rethinking Insurance's Public Policy Exclusion : California's Befuddled Attempt to Apply an Undefined Rule and a Call for Reform » (2001), 49 *U.C.L.A. L. Rev.* 651.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 49 O.R. (3d) 737, 135 O.A.C. 177, 21 C.C.L.I. (3d) 72, [2000] I.L.R. ¶ I-3877, [2000] O.J. n° 2793 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 43 O.R. (3d) 114, 10 C.C.L.I. (3d) 123, [1999] I.L.R. ¶ I-3631, [1998] O.J. n° 5343 (QL). Pourvoi rejeté.

Paul J. Bates, Kirk F. Stevens et Simon Clements, pour l'appelante.

Alfred M. Kwinter et Ron Weinberger, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE MAJOR — Paul Oldfield transportait dans son estomac 30 condoms remplis de cocaïne, dont l'un a éclaté et causé son décès. Son ex-femme, Maria Oldfield, réclame le produit de la police d'assurance-vie qu'il détenait et dans laquelle elle est désignée comme bénéficiaire.

2 The insurance company resisted payment, submitting it would be against public policy because it would be tantamount to permitting a criminal to benefit from his or her own crime.

3 I conclude it is not against public policy to permit an innocent beneficiary to obtain the proceeds of a life insurance policy, where the life insured accidentally dies during the course of a criminal act.

I. Facts

4 Paul and Maria Oldfield separated in January 1995. They agreed that Paul Oldfield would maintain sufficient life insurance coverage in lieu of child and spousal support, and that Maria Oldfield would be named the beneficiary until their two children became 18 years old.

5 In the present appeal, only one policy is at issue. In the policy, Transamerica Life Insurance Company of Canada insured Paul Oldfield's life for \$250,000. Maria Oldfield was named the beneficiary. The policy stated that "[i]n the absence of fraud this policy will be incontestable after it has been in force during the Insured's lifetime for 2 years from the date of issue, or the date of reinstatement or change, whichever is latest, except for non-payment of premiums." The policy did not address whether proceeds were payable when the insured died as a result of his own criminal act.

6 On April 27, 1996, Paul Oldfield died in Bolivia. He died because one of 30 condoms of cocaine found in his stomach broke open, causing a heart attack. The parties to the appeal agree that to ingest cocaine in the manner Paul Oldfield did is contrary to Bolivian and Canadian law (ss. 3(1) and 3(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1985, c. N-1).

7 Maria Oldfield claimed the proceeds of the insurance policy. Transamerica refused to pay, saying

La compagnie d'assurances refuse de payer, alléguant qu'il serait contraire à l'ordre public de le faire parce que cela reviendrait à permettre à un criminel de profiter de son crime.

Je conclus qu'il n'est pas contraire à l'ordre public de permettre à un bénéficiaire innocent d'obtenir le produit d'une police d'assurance-vie, dans le cas où la personne assurée décède accidentellement au cours de la perpétration d'un acte criminel.

I. Les faits

Paul et Maria Oldfield se sont séparés en janvier 1995. Ils ont alors convenu que Paul Oldfield maintiendrait une assurance-vie suffisante tenant lieu de paiements alimentaires au profit de son ex-femme et de ses enfants et que Maria Oldfield serait désignée comme bénéficiaire jusqu'à ce que leurs deux enfants atteignent l'âge de 18 ans.

Le présent pourvoi ne touche qu'une police d'assurance. Aux termes de cette police, la Compagnie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada avait assuré la vie de Paul Oldfield pour 250 000 \$. Maria Oldfield y était désignée comme bénéficiaire. La police comporte la clause suivante : « Sauf s'il y a fraude, la présente police est incontestable après avoir été en vigueur du vivant de l'assuré pendant deux ans à compter de la date d'établissement, de la date de remise en vigueur ou de la date de modification, soit à compter de la date qui survient la dernière, excepté en cas de non-paiement des primes. » La police ne précise pas si le produit de l'assurance est payable lorsque le décès de l'assuré résulte de son acte criminel.

Le 27 avril 1996, Paul Oldfield décède en Bolivie. Son décès est dû à une crise cardiaque provoquée par la rupture de l'un des 30 condoms de cocaïne trouvés dans son estomac. Les parties au pourvoi conviennent qu'il est contraire au droit de la Bolivie et à celui du Canada d'ingérer de la cocaïne comme Paul Oldfield l'a fait (par. 3(1) et (2) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1).

Maria Oldfield réclame le produit de la police d'assurance. Transamerica refuse de payer, invo-

her claim was barred by the public policy principle that a person should not be allowed to insure against his own criminal act, regardless of who the ultimate beneficiary of the policy is, innocent or not.

The parties submitted a special case to the court. Among other questions, the parties asked whether there was “a public policy rule precluding recovery by the innocent beneficiary where the death of the owner/life insured was caused by his criminal acts”.

Both the Ontario trial and appeal courts concluded that no public policy or rule of contractual interpretation barred Maria Oldfield's claim: see *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1998), 43 O.R. (3d) 114 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), per Ferguson J., aff'd (2000), 49 O.R. (3d) 737 (C.A.), per Borins J.A. (Feldman J.A. concurring).

II. Analysis

There are two issues in this appeal:

1. Is there a public policy rule that renders a life insurance contract unenforceable where the insured dies accidentally as a result of his or her own crime, regardless of who the beneficiary is?
2. If there is such a public policy rule, is the rule inapplicable because the insurance contract was obtained pursuant to a *bona fide* contract for value?

(1) Generally

The public policy rule at issue is that a criminal should not be permitted to profit from crime. Unless modified by statute, public policy operates independently of the rules of contract. For example, courts will not permit a husband who kills his spouse to obtain her life insurance proceeds, regardless of the manner in which the life insurance contract was worded. As Ferguson J. held in the court below, public policy “applies regardless of

quant l'irrecevabilité de la réclamation selon le principe d'ordre public que nul ne peut s'assurer contre son acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime de la police, que cette personne soit innocente ou non.

Les parties présentent un exposé de cause au tribunal. Elles demandent notamment s'il existe [TRADUCTION] « une règle d'ordre public empêchant un bénéficiaire innocent de recouvrer le capital assuré dans le cas où le décès du propriétaire/assuré a été causé par ses actes criminels ».

Le tribunal de première instance et la cour d'appel concluent à l'absence de règle d'ordre public et de règle d'interprétation des contrats rendant irrecevable la réclamation de Maria Oldfield : voir *Oldfield c. Transamerica Life Insurance Co. of Canada* (1998), 43 O.R. (3d) 114 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Ferguson, conf. par (2000), 49 O.R. (3d) 737 (C.A.), le juge Borins (avec l'appui du juge Feldman).

II. Analyse

Le présent pourvoi soulève deux questions :

1. Existe-t-il une règle d'ordre public qui rend inexécutoire un contrat d'assurance-vie lorsque l'assuré décède accidentellement par suite d'un acte criminel qu'il a commis, quel que soit le bénéficiaire?
2. Dans l'affirmative, la règle est-elle inapplicable parce qu'il s'agit d'un contrat d'assurance conclu de bonne foi et à titre onéreux?

(1) Considérations générales

Selon la règle de l'ordre public en cause, un criminel ne devrait pas pouvoir profiter de son crime. À moins d'être modifiée par le législateur, elle s'applique indépendamment des règles en matière contractuelle. Par exemple, les tribunaux ne permettront pas à un mari qui tue sa femme d'obtenir le produit de son assurance-vie, quel que soit le libellé du contrat d'assurance-vie. Comme le juge Ferguson l'a affirmé en première instance, la règle

8

9

10

11

the policy wording — it is imposed because of the courts' view of social values" (p. 119).

de l'ordre public [TRADUCTION] « s'applique quel que soit le libellé de la police — elle se trouve imposée en raison de l'opinion que les tribunaux ont des valeurs sociales » (p. 119).

12 Generally, though, an insurer seeks the shelter of public policy rules because they have failed to specifically provide for the contingency that gives rise to the dispute. In the present appeal, the insurance policy did not provide for the result that would occur if the insured died while committing a criminal act. If the policy specifically excluded coverage, there would be no need to resort to public policy.

Cependant, les assureurs se réfugient généralement dans les principes de l'ordre public parce qu'ils n'ont pas prévu expressément l'éventualité qui donne lieu au litige. Dans ce pourvoi, la police d'assurance n'a pas prévu le cas où l'assuré décéderait en commettant un acte criminel. Si la police avait explicitement exclu ce risque, il ne serait pas nécessaire d'invoquer l'ordre public.

13 The public policy rule that prevents criminals from profiting from crime has existed for many years. In *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.), Fry L.J. held that "no system of jurisprudence can with reason include amongst the rights which it enforces rights directly resulting to the person asserting them from the crime of that person" (p. 156). The refrain was adopted in *Beresford v. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602 (H.L.), where Lord Atkin held that "a man is not to be allowed to have recourse to a court of justice to claim a benefit from his crime, whether under a contract or under a gift" (p. 607).

La règle de l'ordre public qui empêche un criminel de profiter de son crime existe depuis de nombreuses années. Dans *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.), le lord juge Fry a affirmé : [TRADUCTION] « aucun système juridique ne peut à juste titre englober dans les droits qu'elle vise à faire respecter ceux qui échoient directement à une personne en raison du crime qu'elle a commis » (p. 156). Dans l'arrêt *Beresford c. Royal Insurance Co.*, [1938] 2 All E.R. 602 (H.L.), lord Atkin a fait siens ces propos : [TRADUCTION] « nul ne doit pouvoir s'adresser à un tribunal pour réclamer un avantage découlant de son crime, que ce soit en vertu d'un contrat ou d'un don » (p. 607).

14 Canadian courts have recognized the public policy rule. In *Demeter v. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.), MacKinnon A.C.J.O. held that "[t]he basic rule of public policy which is not disputed is that the courts will not recognize a benefit accruing to a criminal from his crime" (p. 562). In *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, Sopinka J. held that "a person should not be allowed to insure against his or her own criminal act irrespective of the ultimate payee of the proceeds" (p. 94).

Les tribunaux canadiens ont reconnu cette règle de l'ordre public. Dans *Demeter c. Dominion Life Assurance Co.* (1982), 35 O.R. (2d) 560 (C.A.), le juge en chef adjoint MacKinnon écrit : [TRADUCTION] « selon une règle fondamentale et incontestable, les tribunaux n'accepteront pas qu'un criminel puisse tirer un avantage de son crime » (p. 562). Dans *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, le juge Sopinka déclare : « nul ne devrait pouvoir souscrire une assurance contre son propre acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime du produit » (p. 94).

15 The rule extends to those who claim through the criminal's estate. In *Cleaver*, Fry L.J. held that "the rule of public policy should be applied so as to exclude from benefit the criminal and all claiming under her" (p. 159 (emphasis added)). Technically, the reason why no distinction is drawn between the

La règle s'applique aux successeurs du criminel. Dans *Cleaver*, le lord juge Fry conclut : [TRADUCTION] « la règle de l'ordre public devrait s'appliquer de façon à empêcher l'auteur d'un crime et tous ses successeurs de toucher le bénéfice » (p. 159 (je souligne)). Techniquement, il n'existe

criminal and his or her estate is that the estate's claim is equivalent to a claim brought by the criminal. In *Beresford v. Royal Insurance Co.*, [1937] 2 All E.R. 243 (C.A.), Lord Wright M.R. explained (at p. 249):

. . . the plaintiff, as personal representative, stands in the shoes of the assured [T]he present claim is equivalent technically to a claim brought by a murderer, or his representative or assigns, on a policy effected by the murderer on the life of the murdered man. In that latter case, it is, we think, clear that neither the murderer nor his estate nor his assigns could take a benefit under the policy.

However, innocent beneficiaries are neither criminals nor claim through the criminal's estate. Because of that, the public policy rule is inapplicable. Section 195 of Ontario's *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, states that "[a] beneficiary may enforce for the beneficiary's own benefit . . . the payment of insurance money made payable to him, her or it in the contract" In *Kerslake v. Gray*, [1957] S.C.R. 516, the Court held that insurance money paid to an ordinary beneficiary does not form part of the insured's estate. In Borins J.A.'s words, Maria Oldfield "has not asserted her right to the insurance proceeds as a successor of the insured, but as an ordinary beneficiary, with the result that her claim is not tainted by any illegality on the part of her husband" (p. 748).

The distinction between a claim by a beneficiary as opposed to a claim through the estate developed in decisions like *Hardy v. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 Q.B. 745 (C.A.), where Lord Diplock held (at p. 768):

[The insurance contract] is capable of giving rise to legally enforceable rights if, apart from the [public policy] rule, the rights of the assured are capable of becoming vested in a third party other than one who is regarded in law as the successor of the assured

In *Cleaver*, Fry L.J. held (at p. 159):

pas de distinction entre l'auteur d'un crime et ses successeurs parce qu'on assimile la réclamation de ces derniers à celle de l'auteur du crime. Dans *Beresford c. Royal Insurance Co.*, [1937] 2 All E.R. 243 (C.A.), p. 249, le maître des rôles lord Wright explique :

[TRADUCTION] . . . le demandeur, à titre de représentant personnel, est mis à la place de l'assuré [. . .] [L]a réclamation en l'espèce équivaut techniquement à une réclamation présentée par un meurtrier, ou son représentant ou ses ayants droit, à l'égard d'une police prise par le meurtrier sur la vie de l'homme assassiné. Dans ce dernier cas, à notre avis, il est clair que ni le meurtrier, ni son successeur ou ses ayants droit ne pourraient toucher le produit de l'assurance.

Cependant, le bénéficiaire innocent n'est pas un criminel et ne présente pas de réclamation à titre de successeur. La règle de l'ordre public ne s'applique donc pas. L'article 195 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.8, dispose que « [I]e bénéficiaire, à son profit, [. . .] peu[t] faire exécuter le paiement des sommes assurées qui [lui] sont payables selon les modalités du contrat . . . ». Dans *Kerslake c. Gray*, [1957] R.C.S. 516, la Cour a statué que l'indemnité d'assurance versée à un bénéficiaire ordinaire ne faisait pas partie de la succession de l'assuré. Selon le juge Borins, de la Cour d'appel, Maria Oldfield [TRADUCTION] « n'a pas revendiqué son droit au produit de l'assurance à titre de successeur de l'assuré, mais à titre de bénéficiaire ordinaire, de sorte que sa réclamation n'est pas viciée par quelque illégalité commise par son mari » (p. 748).

C'est notamment dans *Hardy c. Motor Insurers' Bureau*, [1964] 2 Q.B. 745 (C.A.), qu'est élaborée la distinction entre une réclamation à titre de bénéficiaire et celle à titre de successeur; lord Diplock y affirme (à la p. 768) :

[TRADUCTION] [Le contrat d'assurance] peut donner naissance à des droits exécutoires sur le plan juridique si, sauf application de la règle [de l'ordre public], les droits de l'assuré peuvent être acquis à une tierce partie autre que celle qui, en droit, est considérée comme le successeur de l'assuré

Dans l'arrêt *Cleaver*, le lord juge Fry conclut (à la p. 159) :

16

17

18

I think that the rule of public policy should be applied so as to exclude from benefit the criminal and all claiming under her, but not so as to exclude alternative or independent rights.

19 A distinction between the criminal's estate and innocent beneficiaries was adopted in *Stats v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233 (C.A.), aff'd on other grounds [1978] 2 S.C.R. 1153. In that case, an insured named her sister the beneficiary of an accident insurance policy. The insured became grossly intoxicated, drove her car into a building, and was killed. The insured's sister sought to obtain the benefits of the insurance policy. The insurance company resisted payment. It was argued that no one, including an innocent beneficiary, should be permitted to profit from crime.

20 The Ontario Court of Appeal disagreed and ordered the insurance company to pay the proceeds to the innocent beneficiary, concluding (at p. 243):

Since the insured personally or indirectly through her estate did not and could not benefit from her crime, it follows that the general rule of public policy would not be infringed by paying to the appellant beneficiary the proceeds to which she is entitled under the policy.

21 Borins J.A. concluded *Stats* was applicable to Maria Oldfield's claim in this case. He held (at p. 749):

In my view, the circumstances of this case come within the decision in *Stats* where this court held that where a crime is committed by the insured, and the insured did not intend to cause her death through the commission of the crime, the beneficiary named in a policy insuring against accidental death, not being the estate of the insured, was not precluded from taking the insurance proceeds because the rule of public policy did not apply.

22 I agree with Borins J.A.'s analysis.

(2) *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*

23 In *Brissette, supra*, Sopinka J. held that it is consistent with public policy "that a person should not

[TRADUCTION] À mon avis, la règle de l'ordre public devrait s'appliquer de façon à empêcher le criminel et tous ses successeurs de toucher le produit de l'assurance, mais non de façon à écarter des droits autres ou indépendants.

L'arrêt *Stats c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1976), 14 O.R. (2d) 233 (C.A.), confirmé pour d'autres motifs [1978] 2 R.C.S. 1153, établit une distinction entre les successeurs du criminel et ses bénéficiaires innocents. Dans cette affaire, une assurée avait désigné sa sœur comme bénéficiaire d'une police d'assurance contre les accidents. L'assurée, dans un état d'ivresse avancé, s'était tuée lorsque sa voiture avait percuté contre un bâtiment. Sa sœur avait cherché à obtenir le produit de la police d'assurance. La compagnie d'assurances avait refusé de payer, faisant valoir que nul, pas même un bénéficiaire innocent, ne devrait pouvoir profiter d'un crime.

La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas retenu cet argument et a ordonné à la compagnie d'assurances de verser à la bénéficiaire innocente les sommes dues, tirant la conclusion suivante (à la p. 243) :

[TRADUCTION] Puisque l'assurée personnellement ou par l'intermédiaire de ses successeurs n'a pas profité de son crime et ne pouvait le faire, il s'ensuit que l'on ne contreviendrait pas à la règle générale de l'ordre public en versant à la bénéficiaire appelante la somme assurée à laquelle elle a droit en vertu de la police.

Le juge Borins, de la Cour d'appel, conclut que l'arrêt *Stats* s'applique à la demande de règlement de Maria Oldfield (à la p. 749) :

[TRADUCTION] À mon avis, l'arrêt *Stats* vise les circonstances de la présente affaire; la Cour y avait conclu que, lorsque l'assurée a commis un crime et n'avait pas l'intention de causer sa mort en commettant ce crime, la bénéficiaire désignée dans une police d'assurance en cas de décès accidentel, et n'étant pas la succession de l'assurée, pouvait toucher le produit de l'assurance parce que la règle de l'ordre public ne s'applique pas.

Je souscris à l'analyse du juge Borins.

(2) *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*

Dans *Brissette*, précité, le juge Sopinka déclare qu'il est conforme à la règle de l'ordre public que

be allowed to insure against his or her own criminal act irrespective of the ultimate payee of the proceeds" (p. 94). Applied literally, it would prevent insurance proceeds from being paid to any innocent beneficiary named in an insurance policy so long as the insured event was occasioned while the insured committed a criminal act. In this case, it would prevent Maria Oldfield's claim.

Feldman J.A. recognized at the Court of Appeal that Sopinka J. did not hold that insurance contracts contain an implied term that criminal acts committed by the insured automatically exclude coverage even where the act is not committed with the intention of causing the insured loss. Likewise, he did not hold that there is a public policy rule that forbids payment to all beneficiaries, innocent or not, whenever the insured commits a criminal act. In *Brisette*, the insurance contract named the surviving spouse as beneficiary. The husband who murdered his wife committed a deliberate act intended to cause the insured event. There was no question that the husband was barred from receiving the proceeds; the Court had to decide whether the contract could be interpreted so as to vest the proceeds in the estate of the wife, or failing that, whether the device of a constructive trust could achieve the same result. The Court answered both of these questions in the negative. In contrast to *Brisette*, the insured in the present appeal did not intend to cause the loss. Nor does Maria Oldfield, who was expressly designated as beneficiary under the contract, need to resort to trust principles in order to receive the proceeds.

In total, Sopinka J.'s decision in *Brisette* demonstrated that he did not intend to displace the principle that innocent beneficiaries who do not take through the criminal's estate should not be affected by public policy. In *Brisette*, Sopinka J. held that "[t]here is nothing unjust in refusing to pay the proceeds of insurance to a beneficiary not designated by the insurance contract when to do so would allow

« nul ne devrait pouvoir souscrire une assurance contre son propre acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime du produit » (p. 94). Appliquée littéralement, cette règle empêcherait le versement du produit de l'assurance à tout bénéficiaire innocent désigné dans une police d'assurance lorsque le risque assuré se réalise à l'occasion de la perpétration d'un acte criminel par l'assuré. En l'espèce, elle empêcherait de faire droit à la réclamation de Maria Oldfield.

Le juge Feldman, de la Cour d'appel, a noté que le juge Sopinka n'avait pas conclu que les contrats d'assurance prévoient implicitement que les actes criminels commis par l'assuré écartent automatiquement la garantie même si l'acte n'est pas commis dans l'intention de causer la perte assurée. Le juge Sopinka n'a pas non plus conclu qu'il existe une règle d'ordre public interdisant le versement du produit de l'assurance à tous les bénéficiaires, qu'ils soient innocents ou non, dans tous les cas où l'assuré commet un acte criminel. Dans l'affaire *Brisette*, le contrat d'assurance nommait le mari survivant bénéficiaire. Celui-ci, lorsqu'il avait tué sa femme, avait commis un acte délibéré avec l'intention de causer la perte assurée. Il ne faisait aucun doute qu'il ne pouvait recueillir le produit de l'assurance; la Cour devait décider si le contrat pouvait être interprété de manière à ce que le produit fasse partie du patrimoine de sa femme, ou, subsidiairement, si le recours à la fiducie par interprétation permettait d'arriver au même résultat. Dans les deux cas, la Cour a répondu par la négative. Contrairement à l'affaire *Brisette*, l'assuré dans le présent pourvoi n'avait pas l'intention de causer la perte. Et Maria Oldfield, expressément désignée comme bénéficiaire dans le contrat, n'a pas non plus à recourir au principe de la fiducie pour recevoir le produit de l'assurance.

Dans l'ensemble, la décision du juge Sopinka dans *Brisette* démontre qu'il n'a pas eu l'intention d'écarter le principe selon lequel la question de l'ordre public ne devrait pas être prise en compte dans le cas d'un bénéficiaire innocent qui ne réclame pas par la voie de la succession du criminel. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a affirmé : « Il n'y a rien d'injuste à refuser de verser le produit d'une assurance

24

25

the insured to insure against his own criminal act” (p. 95 (emphasis added)). Sopinka J. reinforced this statement during his consideration of *Cleaver*, *supra*, in which the insured took out an insurance policy on his own life with his wife as beneficiary. The wife-beneficiary then murdered the husband-insured. By statute, the proceeds were declared payable to the estate of the insured, to be held in trust for the beneficiary. Public policy prevented any payment from being made to the felonious wife-beneficiary but, in Sopinka J.’s words, “[p]ublic policy was not allowed to abrogate a right that the estate had by virtue of the statute” (p. 95). Applying this case to the facts in *Brissette*, Sopinka J. held that “the result in *Cleaver* cannot be achieved in the absence of a provision, statutory or in the contract, providing for payment to the estate of the wife” (pp. 95-96 (emphasis added)). Because these passages appear after Sopinka J.’s earlier statement that “a person should not be allowed to insure against his or her own criminal act irrespective of the ultimate payee of the proceeds” (p. 94), it is clear that the earlier statement was not intended to be an open-ended change to the traditional public policy rule.

26

A universal rule that “a person should not be allowed to insure against his or her own criminal act irrespective of the ultimate payee of the proceeds” would have serious repercussions for *bona fide* creditors who provide value to obtain an interest in life insurance. Creditors in numerous instances such as a mortgage and other debt instruments will insist on obtaining an assignment of an insurance policy or being the named beneficiary sufficient to discharge the debt to protect their interest in the event of the debtor dying insolvent.

27

If Sopinka J.’s statement was given the broad interpretation that Transamerica seeks, *bona fide* creditors would be unable to obtain insurance proceeds where an insured died while committing a

à un bénéficiaire non désigné au contrat d’assurance si, en le [versant], on permettait à l’assuré de souscrire une police d’assurance contre son propre acte criminel » (p. 95 (je souligne)). Le juge Sopinka a renforcé cette affirmation lors de son examen de l’affaire *Cleaver*, précitée, dans laquelle l’assuré avait souscrit une assurance sur sa propre vie et nommé sa femme bénéficiaire. Celle-ci avait par la suite assassiné le mari, soit l’assuré. D’après la loi, le produit de l’assurance était payable à la succession de l’assuré et devait être détenu en fiducie pour le compte de la bénéficiaire. L’ordre public interdisait tout paiement à l’épouse bénéficiaire criminelle, mais selon le juge Sopinka, « [l]’ordre public ne pouvait annuler un droit que la succession avait en vertu de la loi » (p. 95). Appliquant alors cet arrêt à l’affaire *Brissette*, le juge Sopinka a conclu que « on ne peut obtenir le même résultat [. . .] dans cette affaire en l’absence d’une disposition, dans la loi ou dans le contrat, prévoyant le versement à la succession de l’épouse » (p. 96 (je souligne)). Vu que ces énoncés apparaissent après la déclaration du juge Sopinka selon laquelle « nul ne devrait pouvoir souscrire une assurance contre son propre acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime du produit » (p. 94), il est clair que cette affirmation ne se voulait pas l’amorce de changements sans réserve à la règle traditionnelle de l’ordre public.

L’imposition d’une règle universelle prévoyant que « nul ne devrait pouvoir souscrire une assurance contre son propre acte criminel, quel que soit le bénéficiaire ultime du produit » aurait de graves repercussions pour les créanciers de bonne foi qui obtiennent un intérêt dans une police d’assurance-vie en contrepartie de leurs services. Dans de nombreux cas, ces créanciers, que ce soit pour une hypothèque ou pour d’autres titres de créances, insistent pour obtenir une cession de la police d’assurance ou pour être désignés comme bénéficiaires, le montant y stipulé devant être suffisant pour acquitter la créance et protéger leur intérêt advenant le cas où le débiteur est insolvable au moment de son décès.

S’il fallait donner à l’énoncé du juge Sopinka l’interprétation large que demande Transamerica, les créanciers de bonne foi ne pourraient toucher le produit de l’assurance dans le cas où l’assuré

criminal act. To do so would run contrary to a long-standing principle that there is “no illegality in a stipulation that, if the policy should afterwards be assigned bona fide for a valuable consideration, or a lien upon it should afterwards be acquired bona fide for valuable consideration, it might be enforced for the benefit of others, whatever may be the means by which death is occasioned . . .” (*Moore v. Woolsey* (1854), 4 El. & Bl. 241, 119 E.R. 93 (K.B.), at p. 98); see also *Beresford* (H.L.), *supra*, at pp. 607-8, *per* Lord Atkin, and at p. 611, *per* Lord Macmillan; *Stats, supra*, at p. 240; *Hardy, supra*, at p. 760, *per* Lord Denning M.R., and at p. 768, *per* Diplock L.J. (“an assignee for value before the occurrence of the event would not be prevented from enforcing the contract notwithstanding that the event was caused by the anti-social act of the original assured”). The exception was not mentioned or considered in Sopinka J.’s decision.

In *Brissette*, Sopinka J. did not intend to eliminate long-established exceptions to the public policy rule. *Brissette* does not bar a claim by an innocent beneficiary where the insured does not intend the insured loss.

(3) *Home Insurance Co. of New York v. Lindal*, [1934] S.C.R. 33

In *Lindal*, a passenger was injured when the intoxicated driver crashed his car. The passenger obtained judgment against the driver. The driver had insufficient assets to satisfy the judgment. Accordingly, the passenger brought an action to obtain indemnity from the insurer under s. 180 of Alberta’s *Insurance Act*, S.A. 1926, c. 31. As well, the driver brought an action against the insurer to require it to indemnify him against his liability to the passenger. The Court held that the insurance company was not liable because it would be against public policy to indemnify the insured.

Transamerica argues that *Lindal* stands for the general proposition that where an insured

décède en commettant un acte criminel. Une telle interprétation irait à l’encontre d’un principe bien établi selon lequel il n’est pas [TRADUCTION] « illégal de prévoir dans une clause que la police d’assurance, advenant le cas où elle fait ultérieurement l’objet d’une cession de bonne foi ou devient grevé d’un privilège acquis de bonne foi moyennant juste contrepartie, peut être exécutée au profit d’autres personnes, quelle que soit la cause du décès . . . » (*Moore c. Woolsey* (1854), 4 El. & Bl. 241, 119 E.R. 93 (K.B.), p. 98); voir aussi *Beresford* (H.L.), précité, p. 607-608, lord Atkin, et p. 611, lord Macmillan; *Stats*, précité, p. 240; *Hardy*, précité, p. 760, lord Denning, maître des rôles, et p. 768, lord juge Diplock ([TRADUCTION] « une personne ayant obtenu une cession à titre onéreux avant la survenance de l’événement ne serait pas empêchée d’obtenir l’exécution du contrat même si l’événement a été causé par l’acte anti-social de l’assuré initial »). Cette exception n’a pas été mentionnée ni examinée dans les motifs du juge Sopinka.

Dans *Brissette*, le juge Sopinka n’a pas eu l’intention d’éliminer les exceptions bien reconnues à la règle de l’ordre public. Cet arrêt n’interdit pas une réclamation par un bénéficiaire innocent dans le cas où l’assuré n’avait pas l’intention de causer la perte assurée.

(3) *Home Insurance Co. of New York c. Lindal*, [1934] R.C.S. 33

Dans l’affaire *Lindal*, la passagère d’une automobile avait été blessée lorsque le conducteur en état d’ébriété avait perdu la maîtrise de son véhicule. La passagère avait obtenu jugement contre le conducteur, qui n’avait pas les avoirs suffisants pour satisfaire au jugement. La passagère avait donc intenté une action en indemnité contre l’assureur, en vertu de l’art. 180 de l’*Insurance Act* de l’Alberta, S.A. 1926, ch. 31. En outre, le conducteur avait engagé des poursuites contre l’assureur, exigeant qu’il l’indemnise au titre de sa responsabilité envers la passagère. La Cour a conclu que la compagnie d’assurances n’avait aucune obligation parce qu’il aurait été contre l’ordre public d’indemniser l’assuré.

Transamerica allègue que l’arrêt *Lindal* consacre le principe général selon lequel, lorsqu’un assuré

28

29

30

contravenes any law, the insurance contract is unenforceable regardless of the identity of the beneficiary or claimant. It submits that it applies to Maria Oldfield's claim so that her claim as beneficiary is against public policy.

31

I agree with the Court of Appeal for Ontario's decision in *Stats* that *Lindal* is distinguishable. In short, *Lindal* had nothing to do with innocent third party beneficiaries. For the insurance company to have provided the indemnity asked for in *Lindal* would have given a benefit to the criminal, namely, a discharge of the judgment the passenger had obtained against him. The passenger's claim against the insurer under s. 180 would have forced her to "stand in the shoes" of the insured in order to recover. As I have already stated, the public policy rule bars claims of those claiming through the wrongdoer. By contrast, where an innocent beneficiary is named in the insurance policy, no benefits accrue "to the insured or her estate as a result of the criminal act" (*Stats, supra*, at p. 244).

(4) Section 118 of Ontario's Insurance Act

32

Transamerica relied on s. 118 of Ontario's *Insurance Act*, which states:

118. Unless the contract otherwise provides, a contravention of any criminal or other law in force in Ontario or elsewhere does not, by that fact alone, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance except where the contravention is committed by the insured, or by another person with the consent of the insured, with intent to bring about loss or damage, but in the case of a contract of life insurance this section applies only to disability insurance undertaken as part of the contract.

33

Unless the contract otherwise provides, s. 118 of the *Insurance Act* requires the insured to contravene a law and intend to bring about loss or damage for a claim for indemnity to be unenforceable. The exception does not apply to life insurance except for

contrevient à quelque loi que ce soit, le contrat d'assurance est inexécutoire quelle que soit l'identité du bénéficiaire ou du demandeur. La compagnie soutient que ce principe s'applique à la demande de règlement de Maria Oldfield de sorte que la demande qu'elle présente à titre de bénéficiaire va à l'encontre de l'ordre public.

Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait dans *Stats*, je juge qu'il faut faire une distinction avec l'arrêt *Lindal*. En bref, celui-ci n'aborde pas du tout la question des tiers bénéficiaires innocents. Si, dans l'affaire *Lindal*, la compagnie d'assurances avait accordé l'indemnité demandée, elle aurait accordé un avantage au criminel, soit l'annulation du jugement que la passagère avait obtenu contre lui. Si celle-ci avait présenté la demande de règlement contre l'assureur en vertu de l'art. 180, elle aurait été obligée de se mettre à la place de l'assuré pour obtenir satisfaction. Comme je l'ai déjà dit, l'ordre public interdit les demandes de règlement par les ayants droit de l'auteur du dommage. Par contre, lorsque le bénéficiaire nommé dans la police est innocent, aucun avantage n'est dévolu [TRADUCTION] « à l'assurée ou à ses successeurs par suite de l'acte criminel » (*Stats, précité*, p. 244).

(4) L'article 118 de la Loi sur les assurances de l'Ontario

Transamerica s'est fondée sur l'art. 118 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario:

118 Sauf clause contraire du contrat, le seul fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, en vigueur en Ontario ou ailleurs, ne rend pas, par le fait même, inexécutoire la demande d'indemnité présentée aux termes d'un contrat d'assurance, sauf si la contravention est commise par l'assuré ou par une autre personne avec le consentement de celui-ci, dans l'intention de provoquer une perte ou des dommages. Toutefois, dans le cas d'un contrat d'assurance-vie, le présent article ne s'applique qu'à l'assurance-invalidité souscrite dans le cadre du contrat.

Pour qu'une demande d'indemnité soit inexécutoire, l'art. 118 de la *Loi sur les assurances* exige, sauf clause contraire du contrat, que l'assuré contrevienne à une loi et ait aussi l'intention de provoquer une perte ou des dommages. L'exception ne

disability insurance undertaken as part of the contract.

Transamerica argues that s. 118 modifies the public policy rule as it applies to indemnity insurance but does not modify public policy as it applies to life insurance contracts. To explain the state of the public policy rule as it existed prior to s. 118 of the *Insurance Act*, Transamerica referred to this Court's decision in *Lindal*, *supra*. Section 118 was first enacted in 1948 and was thought by some to be a legislative response to the *Lindal* decision. Transamerica argued that insofar as life insurance contracts are concerned, the public policy principles stated in *Lindal* continue unabated.

As shown above, the first answer to this submission is that *Lindal* is distinguishable and provides no assistance to Transamerica. Moreover, s. 118 simply addresses the effect that public policy is to have on indemnity contracts. Although s. 118 states that "a contravention of any criminal or other law in force in Ontario or elsewhere does not, by that fact alone, render unenforceable a claim for indemnity under a contract of insurance . . .", it does not stand for the broader proposition that a contravention of any criminal or other law renders life insurance contracts unenforceable. Simply put, s. 118 addresses how public policy does not affect indemnity insurance. It does not address how public policy affects life insurance.

If "a contravention of any criminal or other law in force in Ontario or elsewhere" alone rendered life insurance contracts unenforceable, as Transamerica urges, the public policy rule would be significantly broadened. Section 118 is not limited to criminal acts. It includes the contravention of any law in force in Ontario or elsewhere. Therefore, if jaywalking was the proximate cause of the life insured's death, the public policy rule submitted by Transamerica's interpretation of s. 118 would prevent the proceeds from being paid to the insured's family. It is for that reason that the public policy rule is limited to acts

n'applique pas à l'assurance-vie, sauf à l'assurance-invalidité souscrite dans le cadre du contrat.

Transamerica soutient que l'art. 118 modifie la règle de l'ordre public lorsqu'elle s'applique à l'assurance-indemnisation, mais non lorsqu'elle s'applique aux contrats d'assurance-vie. Pour expliquer la règle de l'ordre public telle qu'elle existait avant l'adoption de l'art. 118 de la *Loi sur les assurances*, Transamerica s'est fondée sur l'arrêt *Lindal*, précité, de la Cour. L'article 118 a été adopté pour la première fois en 1948 et certains pensaient qu'il constituait la réponse du législateur à l'arrêt *Lindal*. En ce qui concerne les contrats d'assurance-vie, Transamerica a fait valoir que les principes de l'ordre public formulés dans *Lindal* continuent de s'appliquer avec la même rigueur.

Comme je l'ai déjà démontré, la première réponse à cette affirmation est que l'arrêt *Lindal* se distingue de l'espèce et n'est d'aucun secours à Transamerica. De plus, l'art. 118 porte simplement sur l'effet que l'ordre public doit avoir sur les contrats d'assurance-indemnisation. Bien que l'art. 118 dispose que « le seul fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, en vigueur en Ontario ou ailleurs, ne rend pas, par le fait même, inexécutoire la demande d'indemnité présentée aux termes d'un contrat d'assurance . . . », il n'appuie pas la thèse plus générale selon laquelle le fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, rendrait les contrats d'assurance-vie inexécutoires. Tout simplement, l'art. 118 prévoit que l'ordre public n'a pas d'incidence sur l'assurance-indemnisation. Il ne s'intéresse pas à l'incidence de l'ordre public sur l'assurance-vie.

Si « le seul fait de contrevenir à une loi, notamment en matière pénale, en vigueur en Ontario ou ailleurs » rendait inexécutoires les contrats d'assurance-vie, comme le prétend Transamerica, la portée de la règle de l'ordre public s'en trouverait sensiblement élargie. L'article 118 ne vise pas que les actes criminels. Il inclut le fait de contrevenir à toute loi en vigueur en Ontario ou ailleurs. Par conséquent, si la traversée illégale de la rue par le piéton assuré était la cause immédiate de son décès, la règle de l'ordre public, selon l'interprétation que Transamerica donne à l'art. 118, empêcherait le

34

35

36

that are “sufficiently anti-social to justify the court’s refusing to enforce that right” (*Hardy, supra*, at p. 767).

(5) Section 195 of Ontario’s Insurance Act

37 Section 195 of Ontario’s *Insurance Act* states:

195. A beneficiary may enforce for the beneficiary’s own benefit, and a trustee appointed pursuant to section 193 may enforce as trustee, the payment of insurance money made payable to him, her or it in the contract or by a declaration and in accordance with the provisions thereof, but the insurer may set up any defence that it could have set up against the insured or the insured’s personal representative.

38 Section 195 permits a beneficiary to enforce an insurance contract for his or her own benefit. The provision was added to permit a beneficiary to escape the consequences of the doctrine of privity of contract, which Transamerica argued would otherwise only permit the insured to enforce the insurance contract (*Vandepitte v. Preferred Accident Ins. Co.*, [1933] 1 D.L.R. 289 (P.C.)).

39 Section 195 states that where a beneficiary seeks to enforce the insurance contract, “the insurer may set up any defence that it could have set up against the insured or the insured’s personal representative”.

40 In the present appeal, Transamerica argued that s. 195 permits the insurer to refuse coverage to the beneficiary for the same reasons it would refuse coverage to the insured. Because there is a public policy rule that prevents a criminal from benefiting from his crime, which would have prevented Paul Oldfield from recovering the insurance proceeds, Transamerica sought to set up that defence against Maria Oldfield, the beneficiary.

41 The principle behind s. 195 is that “[t]he third party can be in no better position than the assured” (*MacGillivray on Insurance Law* (9th ed. 1997), at

versement du produit de l’assurance à la famille de l’assuré. C’est pour ce motif que l’application de la règle de l’ordre public est limitée aux actes qui sont [TRADUCTION] « suffisamment anti-sociaux pour justifier le refus du tribunal d’appliquer ce droit » (*Hardy*, précité, p. 767).

(5) L’article 195 de la Loi sur les assurances de l’Ontario

L’article 195 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario est ainsi libellé :

195 Le bénéficiaire, à son profit, et le fiduciaire nommé conformément à l’article 193, en sa qualité de fiduciaire, peuvent faire exécuter le paiement des sommes assurées qui leur sont payables selon les modalités du contrat ou de la déclaration. L’assureur peut toutefois opposer les moyens de défense qu’il aurait pu opposer à l’assuré ou à son représentant personnel.

Aux termes de l’art. 195, le bénéficiaire peut, à son profit, faire exécuter le contrat d’assurance. L’ajout de cette disposition vise à permettre à un bénéficiaire d’échapper aux conséquences de la règle du lien contractuel, laquelle, selon la thèse de Transamerica, ne permettrait autrement qu’à l’assuré de faire exécuter le contrat d’assurance (*Vandepitte c. Preferred Accident Ins. Co.*, [1933] 1 D.L.R. 289 (C.P.)).

En vertu de l’art. 195, lorsque le bénéficiaire cherche à faire exécuter le contrat d’assurance, « [l’]assureur peut [. . .] opposer les moyens de défense qu’il aurait pu opposer à l’assuré ou à son représentant personnel ».

Dans le présent pourvoi, Transamerica a fait valoir que l’art. 195 permet à l’assureur de refuser au bénéficiaire une garantie pour les mêmes motifs qu’il la refuserait à l’assuré. Puisqu’il existe une règle d’ordre public qui empêche un criminel de profiter de son crime, laquelle aurait empêché Paul Oldfield de toucher le produit de l’assurance, Transamerica a cherché à opposer ce moyen de défense à Maria Oldfield, la bénéficiaire.

Le principe qui sous-tend l’art. 195 est que [TRADUCTION] « [l]a tierce partie ne peut être dans une meilleure position que l’assuré » (*MacGillivray*

p. 784). As Harman L.J. held, the third party cannot “pick out the plums and leave the duff behind” (*Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 363 (C.A.), at p. 376).

A similar statutory provision to s. 195 exists in England. As described by the Court of Appeal there, the *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930* (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 25, provides that “the third party simply stands in the shoes of the assured” (*Charlton v. Fisher*, [2001] E.W.J. No. 271 (QL) (C.A.), at para. 92). In *McCormick v. National Motor and Accident Insurance Union, Ltd.* (1934), 40 Com. Cas. 76, the Court of Appeal held that a third party suing under the 1930 Act would be subject to any defence available to the insurer as against the insured, such as misrepresentation. Scrutton L.J. held, at p. 82:

Now, what is transferred? The rights under the contract. You cannot take the rights under the contract separate from defences under the contract.

In *Charlton*, Rix L.J. considered whether the insurance company could only rely on defences “which arise from terms of the contract itself, or from general principles of contract law such as those dealing with repudiation, avoidance and so forth” (para. 93), or whether it could equally rely on public policy defences that are independent from contract. He concluded that public policy defences applied to assignees with a merely derivative claim (at para. 94):

... an assignee with a merely derivative claim stands in the guilty person’s shoes for the purpose not only of an ordinary contractual defence, but also of the *ex turpi causa* defence which is personal to the guilty party: and that is so despite the innocence of the assignee himself.

Likewise, Laws L.J. held (at para. 27):

on Insurance Law (9^e éd. 1997), p. 784). Comme le lord juge Harman l’a affirmé, la tierce partie ne peut [TRADUCTION] « prendre ce qu’il y a de meilleur et laisser le reste » (*Post Office c. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.*, [1967] 2 Q.B. 363 (C.A.), p. 376).

Une disposition semblable à l’art. 195 existe en Angleterre. Comme l’indique la Cour d’appel de ce pays, la *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930* (R.-U.), 20-21 Geo. 5, ch. 25, prévoit que [TRADUCTION] « la tierce partie prend simplement la place de l’assuré » (*Charlton c. Fisher*, [2001] E.W.J. No. 271 (QL) (C.A.), par. 92). Dans *McCormick c. National Motor and Accident Insurance Union, Ltd.* (1934), 40 Com. Cas. 76, la Cour d’appel a statué que la tierce partie ayant intenté une poursuite en vertu de la Loi de 1930 serait visée par les moyens de défense que l’assureur pouvait opposer à l’assuré, comme une déclaration inexacte. Le lord juge Scrutton, à la p. 82, affirmait :

[TRADUCTION] Qu’est-ce qui est transféré? Ce sont les droits visés par le contrat. Les droits visés par le contrat et les moyens de défense y afférents ne peuvent être pris séparément.

Dans *Charlton*, le lord juge Rix a examiné la question de savoir si la compagnie d’assurances pouvait opposer seulement les moyens de défense [TRADUCTION] « découlant des termes mêmes du contrat ou des principes généraux du droit des contrats, que ce soit en matière de refus d’exécution, d’annulation et ainsi de suite » (par. 93), ou si elle pouvait également opposer les moyens de défense d’ordre public indépendants du contrat. Il a conclu que ces derniers moyens pouvaient être soulevés contre un cessionnaire dans une action purement oblique (au par. 94) :

[TRADUCTION] ... un cessionnaire dans une action purement oblique prend la place de la personne coupable et doit faire face non seulement aux moyens de défense ordinaires en matière contractuelle, mais aussi aux moyens de défense *ex turpi causa* qui sont opposables personnellement à la partie coupable, et ce malgré la bonne foi du cessionnaire.

De même, le lord juge Laws conclut (au par. 27) :

42

43

44

. . . I agree . . . that this appeal should be allowed on the footing that any recourse by the claimant to the second defendant insurers . . . would require her (strictly, by force of the *Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930*) to stand in the shoes of the first defendant insured; but that cannot avail her, since public policy deprives the first defendant of any claim under the policy of insurance to be indemnified against a liability arising from his own intentional criminal act. Accordingly he possesses no rights under the policy capable of enuring to the benefit of the claimant.

45 *Charlton* is distinguishable. The Court of Appeal concluded that the insured intentionally caused the loss when he deliberately rammed his car into the claimant's car. The court stated that "an insured cannot recover under his motor policy, even if it would otherwise cover the risk, where he claims in respect of a liability which he has incurred as a result of his deliberate and wilful criminal act of intentional damage or injury" (para. 81). Moreover, because the incident did not occur on a road, the Court of Appeal was dealing with a "merely derivative claim" (para. 94) under the *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930*. Both Rix L.J. and Laws L.J. made it clear that a party with an independent and direct right of action is not required to stand in the shoes of the criminal insured party. It follows that the 1930 Act does not operate to transfer the public policy defence to the innocent third party in such a case.

46 The intentional taking of one's own life used to be treated as a barrier to recovery in most cases. In Ontario, that question is now dealt with in s. 188(1) of the *Insurance Act*. It is not necessary to say any more about this academic issue, as both courts below concluded that the insured's death was accidental.

47 I agree with Blair J.A.'s decision in *Stats*, where he explained the distinction between defences that the insurer can set up against a beneficiary and defences it cannot (at p. 245):

[TRADUCTION] . . . je conviens [. . .] que l'appel devrait être accueilli sur le fondement que tout recours par la demanderesse auprès des deuxièmes défendeurs assureurs [. . .] exigerait d'elle (strictement en vertu de la *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930*) qu'elle se mette à la place du premier défendeur assuré; cependant, cela ne lui est d'aucun secours puisque l'ordre public empêche le premier défendeur d'être indemnisé en vertu de la police d'assurance relativement à une responsabilité découlant de son propre acte criminel intentionnel. Ce premier défendeur ne possède donc aucun droit susceptible de profiter à la demanderesse.

Il faut faire une distinction avec l'arrêt *Charlton*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a statué que l'assuré avait intentionnellement causé la perte lorsqu'il avait lancé sa voiture contre celle de demandeur. Elle conclut qu'[TRADUCTION] « un assuré ne peut être indemnisé aux termes de sa police d'assurance-automobile, même si ce risque se trouvait par ailleurs garanti, lorsque sa réclamation porte sur une responsabilité qu'il a engagée parce qu'il a commis de façon délibérée et volontaire un acte criminel dans l'intention de causer des dommages ou un préjudice » (par. 81). De plus, l'incident n'étant pas survenu sur une route, la Cour d'appel avait devant elle une [TRADUCTION] « simple action oblique » (par. 94) au sens de la *Third Parties (Rights against Insurers) Act, 1930*. Les lords juges Rix et Laws ont tous deux précisé qu'une partie possédant un droit d'action indépendant et direct n'a pas à se mettre à la place de la partie criminelle assurée. Dans ces circonstances, la loi de 1930 ne peut donc être appliquée de manière à rendre la défense invoquant l'ordre public opposable à la tierce partie innocente.

Dans la plupart des cas, on considérait le fait de s'enlever intentionnellement la vie comme un obstacle au versement de l'indemnité. En Ontario, cette question est maintenant tranchée dans le par. 188(1) de la *Loi sur les assurances*. Il n'est pas nécessaire d'en dire davantage sur ce point théorique, étant donné que les deux instances inférieures ont conclu que la mort de l'assuré était accidentelle.

Je suis d'accord avec le juge Blair quant à sa façon d'expliquer, dans *Stats*, la distinction entre les moyens de défense que l'assureur peut opposer à un bénéficiaire et ceux qu'il ne peut opposer (à la p. 245) :

... these concluding words [of s. 195] should not be stretched to encompass aspects beyond this their clearly evident purpose. They are intended to *preserve* defences which might be prejudiced if the beneficiary were not bound by the policy conditions; they cannot be taken to *extend* the scope of defences which have no connection with the policy conditions and to which the beneficiary would not be subject even if she were bound by the policy conditions. The rule of public policy is applied by the Courts quite apart from the requirements laid down as conditions in the insurance contract and the two should not be confused. Therefore, where the beneficiary, as in this case, is not otherwise barred by the public policy rule, the concluding words of [s. 195] would not extend that rule to her. [Emphasis in original.]

(6) Rationale for the Public Policy Rule

Two reasons have been advanced to support the public policy rule. One is that to enforce certain illegal contracts would “take away one of those restraints operating on the minds of men against the commission of crimes, namely, the interest we have in the welfare and prosperity of our connections” (*Amicable Society v. Bolland*, [1824-34] All E.R. Rep. 570 (1830) (H.L.) (“*Fauntleroy’s Case*”), at p. 572).

In the present appeal, Transamerica seized the rationale of the first reason, and argued that to permit an innocent beneficiary to obtain insurance proceeds obtained through the commission of crime would encourage criminals to commit crimes. The argument goes that the criminal would enjoy a certain peace of mind if he or she knew that innocent beneficiaries would be protected and with that peace of mind, the criminal would be encouraged or would be more likely to commit crimes. Conversely, Transamerica argued that if a criminal knows that an innocent beneficiary will obtain no insurance proceeds where the criminal dies while committing a criminal act, crime might be discouraged.

Over time, courts have criticized the idea that a less than strict application of public policy would encourage crime. In *Hardy*, *supra*, Diplock L.J. held (at p. 770):

[TRADUCTION] ... la dernière phrase [de l’art. 195] ne doit pas être interprétée de façon à englober des aspects qui vont clairement au-delà de ce qui est son objet tout à fait évident. Cette phrase vise à *maintenir* les moyens de défense qui ne pourraient être opposés si la bénéficiaire n’était pas liée par les conditions de la police; on ne peut l’interpréter comme *élargissant* la portée des moyens de défense qui n’ont aucun rapport avec les conditions de la police et qui ne seraient pas opposables à la bénéficiaire même si elle était liée par les conditions de la police. Les tribunaux appliquent la règle de l’ordre public indépendamment des conditions du contrat d’assurance, et il ne faut pas confondre les deux. En conséquence, lorsque la règle de l’ordre public n’écarte pas par ailleurs la bénéficiaire, comme en l’espèce, la dernière phrase de la disposition [art. 195] ne permettrait pas de lui opposer cette règle. [En italique dans l’original.]

(6) La justification de la règle de l’ordre public

On a avancé deux raisons en faveur de la règle de l’ordre public. La première est que l’exécution de certains contrats illégaux [TRADUCTION] « éliminerait l’une des restrictions morales à la perpétration d’actes criminels, c’est-à-dire l’intérêt que nous témoignons envers le bien-être et la prospérité de notre entourage » (*Amicable Society c. Bolland*, [1824-34] All E.R. Rep. 570 (1830) (H.L.) (« *l’affaire Fauntleroy* »), p. 572).

Dans le présent pourvoi, Transamerica s’est fondée sur la première justification pour faire valoir que ce serait inciter au crime que de permettre à un bénéficiaire innocent de toucher le produit d’une assurance, obtenu par suite de la perpétration d’un crime. Selon cet argument, s’il savait que les bénéficiaires innocents seraient protégés, le criminel jouirait d’une certaine tranquillité d’esprit qui l’inciterait à commettre des actes criminels ou le rendrait plus susceptible d’en commettre. Par contre, plaide Transamerica, s’il sait que, s’il décède en commettant un acte criminel, le produit de l’assurance ne sera pas versé à un bénéficiaire innocent, cela pourrait avoir pour effet de décourager le crime.

Au fil des ans, les tribunaux ont critiqué l’idée qu’une application moins que rigoureuse de la règle de l’ordre public inciterait au crime. Dans *Hardy*, précité, p. 770, le lord juge Diplock écrit :

48

49

50

It seems to me to be slightly unrealistic to suggest that a person who is not deterred by the risk of a possible sentence of life imprisonment from using a vehicle with intent to commit grievous bodily harm would be deterred by the fear that his civil liability to his victim would not be discharged by his insurers. I do not myself feel that by dismissing this appeal we shall add significantly to the statistics of crime.

51 American courts too have criticized the rationale:

The possibility that an affirmance of the judgment will promote evil or cause any considerable number of insureds to commit depredations on the public because of the comforting reassurance that their beneficiaries will collect the insurance if they are killed in the commission of crime is remote, speculative and theoretical. Both the public and the insurer have "a guaranty against increasing the risk insured, by that love of life which nature has implanted in every creature."

(*Bird v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 320 S.W.2d 955 (Mo. Ct. App. 1959), at p. 958)

52 The second reason for the public policy rule simply recognizes that a court will not permit injustice. In *Cleaver*, Fry L.J. explained that "no system of jurisprudence can with reason include amongst the rights which it enforces rights directly resulting to the person asserting them from the crime of that person" (p. 156). Similarly, in *In the Estate of Crippen*, [1911-13] All E.R. Rep. 207 (1911), Evans P. held that "[t]he human mind revolts at the very idea that any other doctrine could be possible in our system of jurisprudence" (p. 209).

53 It is consistent with justice that innocent beneficiaries not be disentitled to insurance proceeds merely because an insured accidentally dies while committing a criminal act. Many decisions have recognized the long-standing principle (see e.g. *Cleaver*, at pp. 159-60). To deny recovery would penalize the victim for the insured's anti-social behaviour (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 8-28 to 8-29).

[TRADUCTION] Il me semble légèrement irréaliste de donner à penser qu'une personne que le risque d'emprisonnement à perpétuité ne dissuade pas d'utiliser un véhicule dans l'intention d'infliger des lésions corporelles graves le serait par la crainte que ses assureurs n'acquitteraient pas son obligation civile envers la victime. Je ne crois pas que nous ajouterions sensiblement aux statistiques de la criminalité en rejetant le présent pourvoi.

Les tribunaux américains ont également formulé des critiques à l'encontre de la justification :

[TRADUCTION] C'est une possibilité incertaine, hypothétique et théorique que d'avancer qu'une confirmation du jugement encouragera le mal ou incitera un nombre considérable d'assurés à causer des déprédations dans la collectivité parce qu'ils seraient réconfortés de savoir que leurs bénéficiaires toucheront le produit de l'assurance advenant le cas où ils décèdent en commettant un crime. Le public et l'assureur possèdent « une garantie contre l'accroissement du risque assuré, soit l'amour de la vie que la nature a implanté dans toutes ses créatures »

(*Bird c. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, 320 S.W.2d 955 (Mo. Ct. App. 1959), p. 958)

La seconde raison en faveur de la règle de l'ordre public reconnaît simplement qu'un tribunal ne permettra pas une injustice. Dans *Cleaver*, le lord juge Fry explique : [TRADUCTION] « aucun système juridique ne peut à juste titre englober dans les droits qu'elle vise à faire respecter ceux qui échoient directement à une personne en raison du crime qu'elle a commis » (p. 156). De même, dans l'arrêt *In the Estate of Crippen*, [1911-13] All E.R. Rep. 207 (1911), le président Evans a affirmé que [TRADUCTION] « l'esprit se révolte à l'idée même que notre système juridique puisse comporter une tout autre doctrine » (p. 209).

Il est compatible avec les principes de justice que le bénéficiaire innocent ne perd pas son admissibilité au produit de l'assurance du simple fait que l'assuré décède accidentellement en commettant un acte criminel. De nombreux arrêts ont rappelé ce principe de longue date (voir, par ex., *Cleaver*, p. 159-160). Refuser l'indemnisation pénaliserait la victime pour le comportement anti-social de l'assuré (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 8-28 à 8-29).

(7) Exceptions to the Public Policy Rule Will Not Encourage Crime

To permit an innocent beneficiary to be entitled to insurance proceeds where an insured accidentally dies while committing a criminal act will not create a new cottage industry, where insurance companies vie to insure criminal activities. If an insurance contract purported to cover an illegal activity, the contract would be unlawful and could not be enforced. There is a distinction between a contract that is illegal *ab initio* and a contract that is lawful in its inception but where the loss has arisen out of unlawful conduct (K. Sutton, *Insurance Law in Australia* (3rd ed. 1999), at p. 1016):

The cases fall into two main categories: first, situations where the policy indemnifies the assured against the kind of loss he or she has suffered but such loss has, in the particular circumstances of the case, arisen out of conduct by the assured which is unlawful; and secondly, situations where the contract of insurance is itself illegal as infringing some common law or statutory provision. In the first category the contract is not itself unlawful but the claim based upon it may be, while in the second type of case it is the insurance contract itself which is called in question.

The distinction is further explained by reference to an example similar to the conduct at issue in this appeal (Sutton, *supra*, at p. 1043):

At common law the contract may clearly be unlawful, as in the case of insurance while in transit of an illegal consignment of drugs or cover against loss of profits if the operation of an illegal casino is disrupted by police action, and in such a case neither party has any cause of action under the contract. It would not lie in the mouth of either insurer or assured to allege that he was unaware of the illegality of the transaction. Where, however, the agreement is lawful on its face but is carried out in an illegal manner, the intentions of the parties are paramount, and a party who has not participated in the unlawful performance and whose intention is perfectly innocent may be able to enforce the contract. Even a guilty party may be able to rely on the contract where the illegal act is held to be incidental to the main purpose of the contract.

(7) Les exceptions à la règle de l'ordre public n'encourageront pas le crime

Permettre à un bénéficiaire innocent de toucher le produit d'une assurance lorsque l'assuré décède accidentellement en commettant un acte criminel ne créera pas une nouvelle industrie florissante où les compagnies d'assurances rivaliseront pour assurer des activités criminelles. Un contrat d'assurance couvrant une activité illégale serait illégal et ne pourrait être exécuté. Il existe une distinction entre un contrat qui est illégal depuis le début et un autre qui est légal au départ, mais dans le cadre duquel la perte est causée par une conduite illégale (K. Sutton, *Insurance Law in Australia* (3^e éd. 1999), p. 1016) :

[TRADUCTION] Il existe deux catégories principales de situations : la première vise les cas où la police d'assurance indemnise l'assuré contre le type de perte qu'il a subie et qui, dans les circonstances particulières de l'affaire, résulte d'une conduite illégale de sa part; la deuxième a trait aux situations où le contrat d'assurance est en soi illégal du fait qu'il contrevient à des règles de common law ou à des dispositions législatives. Dans la première catégorie, le contrat n'est pas en soi illégal, mais la réclamation à laquelle il donne lieu pourrait l'être, alors que dans le second type de situation, c'est le contrat d'assurance même qui est mis en cause.

L'auteur explique davantage cette distinction en donnant un exemple d'une conduite, qui est semblable à celle dont il est question dans le présent pourvoi (Sutton, *op. cit.*, p. 1043) :

[TRADUCTION] En common law, le contrat peut être clairement illégal, comme dans le cas d'une assurance transport visant une expédition illégale de drogues ou d'une assurance garantissant contre une perte de profits si l'exploitation d'un casino illégal est interrompue par l'intervention de la police; dans un tel cas, les parties n'ont aucune cause d'action en vertu du contrat. Ni l'assureur ni l'assuré ne peuvent faire valoir qu'ils n'étaient pas au courant de l'illégalité de l'opération. Cependant, si le contrat est légal à première vue, mais est exécuté d'une façon illégale, les intentions des parties jouent un rôle prépondérant, et la partie qui n'a pas participé à l'opération illégale et dont les intentions sont tout à fait innocentes pourrait exiger l'exécution du contrat. Même la partie coupable peut s'appuyer sur le contrat dans le cas où l'acte illégal est jugé accessoire à l'objet principal du contrat.

56 Another textbook states that “[a] contract of insurance is illegal if it constitutes a contract to commit an illegal act or to reward someone for doing so, as if, for instance, the insurers undertook to indemnify the assured against the consequences of crimes which they knew he intended to commit . . .” (*MacGillivray on Insurance Law, supra*, at p. 320).

57 *Chitty on Contracts* (28th ed. 1999), vol. 1, states, at p. 839:

Illegality may affect a contract in a number of ways but it is traditional to distinguish between (1) illegality as to formation and (2) illegality as to performance. Broadly speaking the first refers to the situation where the contract itself is illegal at the time it is formed, whereas the latter involves a contract which on its face is legal but which is performed in a manner which is illegal. In this latter situation it is possible for either both or only one of the parties to intend illegal performance. Where a contract is illegal as formed, or it is intended that it should be performed in a legally prohibited manner, the courts will not enforce the contract, or provide any other remedies arising out of the contract.

58 In the United States, some courts have concluded there is a world of difference between an insurance contract that explicitly insures crime and one that does not. In *Weeks v. New York Life Ins. Co.*, 122 S.E. 586 (1924), the Supreme Court of South Carolina held that the position that “because an express contract to insure against death by legal execution would contravene public policy, an ordinary life policy which does not except death from such a cause should be declared unenforceable on grounds of public policy, is . . . clearly untenable” (p. 588). Where an insured “takes out an ordinary life insurance policy, to be matured by death from any cause, no basis in reason or experience exists for assuming that the insured had any intent at the time of making the contract to accelerate the maturity of the policy” by committing a crime (p. 588).

Dans un autre ouvrage, on affirme qu’[TRA-DUCTION] « [u]n contrat d’assurance est illégal s’il constitue un contrat pour commettre un acte illégal ou indemniser la personne qui commet cet acte, comme dans le cas de l’assureur qui s’engagerait à indemniser l’assuré contre les conséquences d’actes criminels qu’il savait que l’assuré avait l’intention de commettre . . . » (*MacGillivray on Insurance Law, op. cit.*, p. 320).

Le traité *Chitty on Contracts* (28^e éd. 1999), vol. 1, p. 839, oppose :

[TRADUCTION] L’illégalité peut entacher un contrat de diverses façons; cependant, on établit traditionnellement une distinction entre (1) l’illégalité quant à la formation et (2) l’illégalité quant à l’exécution. De façon générale, le premier type d’illégalité vise le cas où le contrat est illégal au moment de sa formation, alors que dans le deuxième type le contrat est à première vue légal, mais il est exécuté d’une façon illégale. Dans ce dernier cas, les deux parties ou seulement l’une d’elles peuvent avoir voulu l’exécution illégale. Si un contrat est illégal quant à sa formation ou s’il est entendu qu’il doit être exécuté illégalement, les tribunaux n’y donneront pas effet et ne permettront aucun autre redressement en résultant.

Aux États-Unis, certains tribunaux ont conclu qu’il existe une différence énorme entre un contrat d’assurance qui couvre expressément les actes criminels et un autre qui ne le fait pas. Par exemple, dans *Weeks c. New York Life Ins. Co.*, 122 S.E. 586 (1924), la Cour suprême de la Caroline du Sud a conclu que la thèse : [TRADUCTION] « puisqu’un contrat couvrant expressément le décès par application de la peine de mort conformément à la loi irait à l’encontre de l’ordre public, une police ordinaire d’assurance-vie qui n’exclut pas le décès ainsi causé devrait être déclarée inexécutoire pour motif d’ordre public, ne saurait être soutenue . . . » (p. 588). Lorsqu’un assuré [TRADUCTION] « souscrit une police ordinaire d’assurance-vie, qui devient échue au décès, quelle qu’en soit la cause, il n’existe aucun fondement, que ce soit du point de vue rationnel ou factuel, qui permettrait de supposer que l’assuré a eu l’intention au moment de la conclusion du contrat d’avancer l’échéance de la police » en commettant un crime (p. 588).

If an insured and the insurer agreed to insure against the risk of death while carrying cocaine bags in the insured's stomach, the contract could not be enforced by anyone, innocent beneficiary or not. By contrast, where the agreement is lawful on its face but carried out in an illegal manner, exceptions to the public policy apply. After all, public policy "does not make the policy void, it merely makes it unenforceable by the criminal" (J. Lowry and P. Rawlings, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (1999), at p. 168).

(8) Is There a Need to Reform the Public Policy Rule?

For the purposes of the present appeal, it is sufficient to conclude that an innocent beneficiary named in an insurance policy should not be disentitled to insurance proceeds where the insured dies while committing a criminal act and does not intend the loss. Public policy does not bar Maria Oldfield's claim.

Nevertheless, the distinction between an innocent beneficiary and those who claim through the criminal's estate should be considered. Public policy has consistently refused to permit the criminal or those who claim through the criminal to obtain insurance proceeds. Those who claim through the criminal are denied, while innocent beneficiaries named in the policy are not. Ferguson J. noted and I agree that the distinction seems arbitrary. As he held, "it is difficult to explain why a criminal can benefit his family by naming them as beneficiaries in an insurance policy but not by naming them in his will" (p. 128). That there is an arbitrary distinction suggests the need to loosen the public policy rule rather than restrict it.

The public policy rule has gradually been modified. A trickle of reform occurred in *Hardy, supra*. In *Hardy*, Diplock L.J. proposed a public policy test that would balance the public policy interests at stake. He held (at pp. 767-68):

Si l'assuré et l'assureur conviennent de garantir le risque de décès pendant que l'assuré transporte de la cocaïne dans son estomac, nul ne peut exiger l'exécution du contrat, que le bénéficiaire soit innocent ou non. Par contre, si l'entente est à première vue légale, mais est exécutée d'une façon illégale, les exceptions à la règle de l'ordre public s'appliquent. Après tout, l'ordre public [TRADUCTION] « n'a pas pour effet de rendre la police nulle; il ne fait qu'empêcher le criminel de s'en prévaloir » (J. Lowry et P. Rawlings, *Insurance Law : Doctrines and Principles* (1999), p. 168).

(8) Est-il nécessaire de procéder à une réforme de la règle de l'ordre public?

Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de conclure que le bénéficiaire innocent désigné dans une police d'assurance ne devrait pas être déclaré inadmissible au produit de l'assurance lorsque l'assuré décède accidentellement en commettant un acte criminel. L'ordre public ne fait pas obstacle à la réclamation de Maria Oldfield.

Il faudrait néanmoins prendre en considération la distinction entre un bénéficiaire innocent et les ayants droits de la succession du criminel. L'ordre public a toujours refusé au criminel et à ses successeurs le droit d'obtenir le produit d'une assurance. Ces derniers sont exclus, mais les bénéficiaires innocents ne le sont pas. Je conviens avec le juge Ferguson que cette distinction semble arbitraire. Comme il l'a affirmé : [TRADUCTION] « il est difficile d'expliquer pourquoi un criminel peut faire profiter les membres de sa famille en les désignant comme bénéficiaires dans une police d'assurance, mais ne peut le faire en les désignant dans son testament » (p. 128). Le caractère arbitraire de la distinction donne à penser qu'il faut assouplir la règle de l'ordre public et non en restreindre l'application.

La règle de l'ordre public a graduellement été modifiée. L'arrêt *Hardy*, précité, y a apporté quelques changements. Le lord juge Diplock y avait proposé un critère relatif à l'ordre public qui permettrait de pondérer les intérêts d'ordre public en jeu (aux p. 767-768) :

59

60

61

62

The court's refusal to assert a right, even against the person who has committed the anti-social act, will depend not only on the nature of the anti-social act but also on the nature of the right asserted. The court has to weigh the gravity of the anti-social act and the extent to which it will be encouraged by enforcing the right sought to be asserted against the social harm which will be caused if the right is not enforced.

[TRADUCTION] Le refus du tribunal de reconnaître un droit, même à l'encontre de la personne qui a commis l'acte anti-social, dépendra non seulement de la nature de cet acte, mais aussi de celle du droit revendiqué. Le tribunal doit pondérer la gravité de l'acte anti-social et examiner dans quelle mesure il se trouverait à favoriser un tel comportement en reconnaissant le droit revendiqué, et ce par rapport au préjudice social résultant de la non-reconnaissance du droit en question.

63 In *Saunders v. Edwards*, [1987] 1 W.L.R. 1116 (C.A.), Bingham L.J. expressed a similar balancing test (at p. 1134):

Dans *Saunders c. Edwards*, [1987] 1 W.L.R. 1116 (C.A.), le lord juge Bingham avait présenté un critère de pondération semblable (à la p. 1134) :

. . . it is unacceptable that the court should, on the first indication of unlawfulness affecting any aspect of a transaction, draw up its skirts and refuse all assistance to the plaintiff, no matter how serious his loss nor how disproportionate his loss to the unlawfulness of his conduct.

[TRADUCTION] . . . on ne saurait accepter que le tribunal doive, au premier signe d'illégalité entachant un aspect d'une opération, montrer de la morgue et refuser toute aide au demandeur, sans égard à la gravité de la perte ou au caractère disproportionné de la perte par rapport à l'illégalité de la conduite de ce demandeur.

64 In England, the public policy rule has been modified by the *Forfeiture Act 1982* (U.K.), 1982, c. 34. Under the Act, the court can modify the public policy rule, "having regard to the conduct of the offender and of the deceased", "to such other circumstances as appear to the court to be material" and to "the justice of the case" (s. 2(2)).

En Angleterre, la *Forfeiture Act 1982* (R.-U.), 1982, ch. 34, a modifié la règle de l'ordre public. Elle prévoit que le tribunal peut modifier la règle de l'ordre public [TRADUCTION] « compte tenu de la conduite du contrevenant et de celle du défunt [. . .] ainsi que des autres circonstances qui lui semblent importantes » et des « circonstances de l'espèce » (par. 2(2)).

65 Although the rule was modified by statute, Phillips L.J. held that "the judges would themselves have modified the rule" if the legislature had not done so (*Dunbar v. Plant*, [1997] 4 All E.R. 289 (C.A.), at p. 310). He added that "the only logical way of modifying the rule would have been to have declined to apply it where the facts of the crime involved such a low degree of culpability, or such a high degree of mitigation, that the sanction of forfeiture, far from giving effect to the public interest, would have been contrary to it" (p. 310).

Même si la règle avait été modifiée par une loi, le lord juge Phillips a affirmé que : [TRADUCTION] « les juges l'auraient modifiée eux-mêmes si le législateur ne l'avait pas fait (*Dunbar c. Plant*, [1997] 4 All E.R. 289 (C.A.), p. 310). Il a ajouté que [TRADUCTION] « la seule façon logique de la modifier aurait été de refuser de l'appliquer lorsque les faits entourant le crime présentaient un trop faible degré de culpabilité ou de si nombreuses circonstances atténuantes que la sanction par la déchéance, loin de respecter l'intérêt public, serait allée à l'encontre de celui-ci » (p. 310).

66 Other courts have declined to modify the public policy rule, holding that it is up to the legislature to do so (*Troja v. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269 (C.A.)).

D'autres tribunaux ont refusé de modifier la règle de l'ordre public, soutenant qu'il appartient au législateur de le faire (*Troja c. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269 (C.A.)).

67 It might be appropriate to modify the public policy rule so as to permit an innocent person who claims through the criminal's estate to take insurance

Il pourrait être approprié de modifier la règle de l'ordre public de manière à permettre à un successeur innocent du criminel de toucher le

proceeds. Indeed, in *Hardy*, Diplock L.J. thought that the public policy rule could be modified to permit the criminal to take insurance proceeds, depending on “the nature of the anti-social act” and “the nature of the right asserted” (p. 768). Under England’s *Forfeiture Act 1982*, courts can modify the effect of the forfeiture rule even where a person who has unlawfully killed another seeks to acquire a benefit in consequence of the killing. I leave the question to be decided either by the legislature or in another case where the issue arises.

III. Conclusion

In conclusion, public policy does not apply to bar a claim by an innocent beneficiary named in an insurance policy merely because the insured dies while committing a crime. Maria Oldfield’s claim is not barred by public policy or by any rule of contractual interpretation. In that light, I need not consider whether public policy rules are inapplicable because the insurance contract was obtained pursuant to a *bona fide* contract for value.

The appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

L’HEUREUX-DUBÉ J. — The question in this case is whether an insurer is obliged to pay the innocent beneficiary of an insurance policy issued to someone who died unintentionally while committing a criminal act where the insurance contract did not contain an exception for such criminal act. The whole issue turns around the forfeiture rule, its rationale and the policy concerns it raises.

I have had the benefit of reading my colleague Major J.’s reasons and I agree with the result he reaches. My concern relates to his analysis and application of the forfeiture rule.

produit de l’assurance. En fait, dans *Hardy*, le lord juge Diplock était d’avis que la règle de l’ordre public pouvait être modifiée pour que le criminel puisse toucher le produit de l’assurance, sous réserve [TRADUCTION] « de la nature de l’acte anti-social » et aussi « de celle du droit revendiqué » (p. 768). En vertu de la *Forfeiture Act 1982* de l’Angleterre, le tribunal peut modifier l’effet de la règle relative à la déchéance même dans le cas où une personne qui a tué quelqu’un sans excuse légitime cherche à toucher une indemnité résultant de cet homicide. Je laisse le soin de trancher la question soit au législateur, soit au tribunal qui aura à statuer sur une affaire dans laquelle cette question se posera.

III. Conclusion

En conclusion, la règle de l’ordre public n’a pas pour effet d’empêcher un bénéficiaire innocent désigné dans une police d’assurance de présenter une réclamation du simple fait que l’assuré décède en commettant un crime. L’ordre public ou les règles d’interprétation des contrats ne font pas obstacle à la réclamation de Maria Oldfield. Je n’ai donc pas à examiner si les règles de l’ordre public sont inapplicables parce que le contrat d’assurance a été conclu de bonne foi et à titre onéreux.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ — La question dans ce pourvoi est de déterminer si un assureur est tenu de verser au bénéficiaire, victime innocente, d’une police d’assurance délivrée à un assuré, décédé accidentellement en commettant un acte criminel, lorsque le contrat d’assurance ne contient aucune clause d’exonération à l’égard d’un acte criminel. Toute la question repose sur la règle de la déchéance, sa raison d’être et les considérations de politique générale qu’elle soulève.

J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Major et je suis d’accord avec le résultat auquel il en arrive. Mes réserves se rapportent à son analyse et à son application de la règle de la déchéance.

68

69

70

71

72

The purpose of the forfeiture rule was best summarized by Kirby P., now of the High Court of Australia, dissenting, but not on this point, in *Troja v. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269 (C.A.), at p. 286:

The forfeiture rule is, in reality, an application to what would otherwise be the operation of law of the equitable principles which deny persons from gaining benefits from their own morally culpable conduct. To prevent that happening, a court of equity is authorised to impose a constructive trust to prevent the perpetrator's gain. The trust will be imposed by the court to achieve a just result and to prevent the unjust enrichment of the wrongdoer. [Emphasis added.]

73

Absent the forfeiture rule or specific exclusions in the insurance contract, the insurer would have to abide by the insurance contract and simply pay the designated beneficiary the amount stipulated in the insurance policy for which the insured paid the premiums. As put by R. B. Wuehler in "Rethinking Insurance's Public Policy Exclusion: California's Befuddled Attempt to Apply an Undefined Rule and a Call for Reform" (2001), 49 *U.C.L.A. L. Rev.* 651, at pp. 652-53:

More succinctly, insurance is merely a contract for indemnity from loss. The risk of loss shifts from one party to a party that is more capable of managing that risk because of its ability to distribute the risk among similarly situated persons. With few limitations, agreeing parties are free to contract for the transfer of any risk they choose.

74

The forfeiture rule is based on the public policy that "although a wrongdoer cannot profit from his or her crime, neither should an insurance company be allowed to abrogate its responsibilities under a contract by invoking a rule of public policy" (Cory J., dissenting but not on this point, in *Brisette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 107, citing *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.). See also *Standard Life Assurance Co. v. Trudeau* (1900), 31 S.C.R. 376).

75

This is why the forfeiture rule should be applied strictly and narrowly. Any relaxation of the rule

Le président Kirby, maintenant juge à la Haute Cour d'Australie, dissident dans l'affaire *Troja c. Troja* (1994), 33 N.S.W.L.R. 269 (C.A.), mais non sur ce point, résume bien l'objet de la règle de la déchéance, à la p. 286 :

[TRADUCTION] La règle de la déchéance est, en fait, l'application à ce qui serait autrement l'effet de la loi des principes d'*equity*, qui interdisent à quiconque de profiter de sa propre conduite moralement coupable. Ainsi, pour empêcher le malfaiteur de retirer un gain de son méfait, une cour d'*equity* peut imposer une fiducie par interprétation. La cour imposera la fiducie pour arriver à un résultat juste et pour empêcher l'enrichissement sans cause du malfaiteur. [Je souligne.]

En l'absence de la règle de la déchéance ou d'une clause d'exonération dans le contrat d'assurance, l'assureur devra exécuter celui-ci et simplement payer au bénéficiaire désigné le montant stipulé dans la police pour laquelle l'assuré a payé les primes. Comme le dit R. B. Wuehler dans « Rethinking Insurance's Public Policy Exclusion : California's Befuddled Attempt to Apply an Undefined Rule and a Call for Reform » (2001), 49 *U.C.L.A. L. Rev.* 651, p. 652-653 :

[TRADUCTION] Bref, l'assurance est simplement un contrat garantissant une indemnisation en cas de perte. Le risque lié à la perte est déplacé d'une partie à une autre partie plus en mesure de le gérer parce qu'elle peut le répartir entre des personnes se trouvant dans une situation analogue. À quelques exceptions près, les parties contractantes sont libres de contracter pour transférer le risque de leur choix.

La règle de la déchéance est fondée sur la règle de l'ordre public selon laquelle « si l'auteur d'un méfait ne peut profiter de sa conduite répréhensible, on ne devrait pas non plus permettre à une compagnie d'assurances d'échapper à ses obligations contractuelles en invoquant une règle d'ordre public » (le juge Cory, dissident, mais non sur ce point, dans *Brisette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, p. 107, renvoyant à *Cleaver c. Mutual Reserve Fund Life Association*, [1892] 1 Q.B. 147 (C.A.). Voir également *Standard Life Assurance Co. c. Trudeau* (1900), 31 R.C.S. 376).

C'est pourquoi la règle de la déchéance devrait être appliquée de façon stricte et étroite. Tout

should be left to the legislature which sets public policy, as was done in England. While a crime may prevent a person from benefiting from that crime, it cannot affect the rights of innocent third persons, which is precisely the case in this appeal.

Competing public policies must be balanced to ensure that no injustice will result from a blindfold application of a public policy rule. As Wilson J. indicated in *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, at p. 12, if the application of a rule leads to harsh justice, the proper course to follow is to examine the rule itself rather than affirm it and attempt to ameliorate its ill effects on a case-by-case basis.

I am in agreement with Borins J.A. in this case ((2000), 49 O.R. (3d) 737) that what is at issue here is the balancing of two rules of public policy. However, it is not so much a question of which public policy prevails but rather ensuring that the objectives of competing public policies be conciliated and that a just result ensues, as Borins J.A. states (at p. 750):

In *Gray v. Barr*, [1971] 2 Q.B. 554 at p. 582, [1971] 2 All E.R. 949 (C.A.), which concerned the public policy rule in the context of an indemnity policy, Salmon L.J. pointed out: "Public policy is not static." In *Dunbar*, at p. 304, Phillips L.J. considered it important to observe that the public policy rule is not absolute, and went on to demonstrate this from his review of the development and evolution of the rule. I see no reason to conclude that the rule should be regarded differently in Canada. I have found nothing in the reasons of Sopinka J. in *Brissette Estate* to suggest that it is different in Canada. *Brissette Estate* was not decided on the application of any rule of public policy, but on the interpretation of the insurance contract.

And at pp. 749-50, he applied this reasoning to the facts of this case in the following terms:

Penalizing Mrs. Oldfield is not going to achieve the public policy goal of the enforcement of the law pertaining to unlawful possession of drugs and narcotics. Mr. Oldfield will not be deterred from committing further drug offences as he is dead. As I have indicated, Mrs.

assouplissement de la règle devrait être laissé au législateur, à qui il revient de définir l'ordre public, comme ce fut le cas en Angleterre. Bien que la perpétration d'un acte criminel puisse empêcher son auteur de profiter de son crime, elle ne peut affecter les droits des tiers, victimes innocentes, ce qui est précisément le cas dans le présent pourvoi.

Il est nécessaire de soulever les principes d'intérêt public opposés pour s'assurer qu'aucune injustice ne résulte de l'application aveugle d'une règle d'ordre public. Comme l'indique madame le juge Wilson dans *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, p. 12, si l'application d'une règle mène à une justice impitoyable, il est approprié d'examiner la règle elle-même plutôt que de la confirmer et de tenter d'atténuer ses effets néfastes cas par cas.

Je conviens avec le juge Borins que ce qui est en cause ici ((2000), 49 O.R. (3d) 737), c'est la pondération de deux principes d'ordre public. Toutefois, l'important n'est pas tant de savoir quel principe d'intérêt public l'emporte, mais de veiller à ce que les objectifs de principes d'intérêt public opposés soient conciliés afin d'assurer un résultat juste. Comme le juge Borins l'affirme à la p. 750 :

[TRADUCTION] Dans *Gray c. Barr*, [1971] 2 Q.B. 554, p. 582, [1971] 2 All E.R. 949 (C.A.), qui portait sur l'application de la règle d'ordre public dans le contexte d'une police d'indemnisation, le lord juge Salmon a noté : « L'ordre public n'est pas statique ». Dans *Dunbar*, p. 304, le lord juge Phillips a jugé important de souligner que la règle d'ordre public n'est pas absolue et il en a ensuite fait la démonstration en retraçant l'historique de la règle. Je ne vois aucune raison de conclure qu'il faut interpréter la règle différemment au Canada. Je n'ai rien relevé dans les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Brissette* qui donne à penser que la situation est différente au Canada. L'arrêt *Brissette* ne repose pas sur l'application d'une règle d'ordre public, mais sur l'interprétation du contrat d'assurance.

Puis, aux p. 749-750, il applique ce raisonnement aux faits de l'espèce de la façon suivante :

[TRADUCTION] Pénaliser M^{me} Oldfield ne nous permettra pas d'atteindre le but d'ordre public, qui est d'appliquer des lois se rapportant à la possession illégale de drogues et de stupéfiants. Monsieur Oldfield ne sera pas dissuadé de commettre d'autres infractions

76

77

Oldfield neither slew her benefactor, nor was she implicated in his death, nor did he kill himself to generate the insurance proceeds for his widow.

78 Wuehler, *supra*, puts it this way, at p. 654:

Certainly there is some merit to the position that wrongdoers should not be indemnified by insurance carriers, but instead should be punished for their wrongdoing. On the other hand, however, every time coverage is precluded pursuant to this theory, an innocent victim is left uncompensated for his or her suffering and an otherwise enforceable contractual obligation is extinguished without consideration. As these two interests collide, the dispositive question that surfaces is, what level of misconduct constitutes a significant enough violation of public policy to render an insurance agreement void because it overcomes the competing public policy considerations that favor extending coverage?

79 In that sense, there is no reason to distinguish between named beneficiaries and beneficiaries claiming from the wrongdoer's estate.

80 A policy which would enable a person to benefit from his own wrongdoing should not be addressed through the relaxation of the forfeiture rule: it is conceptually contradictory to relax the rule to permit wrongdoers to benefit from their own unlawful act since the rule's purpose is precisely to deny persons from gaining benefits from their own wrongdoing. As for the application of the forfeiture rule, the best approach, in my view, is to balance competing policies to avoid injustices, such as here, where the beneficiary is innocent.

81 I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent: Singer, Kwinter, Toronto.

en matière de drogue, vu qu'il est mort. Comme je l'ai mentionné, M^{me} Oldfield n'a pas tué son bienfaiteur et elle n'est pas impliquée dans son décès, et son mari ne s'est pas non plus suicidé pour procurer le produit de l'assurance à sa veuve.

Wuehler, *loc. cit.*, p. 654, s'exprime ainsi :

[TRADUCTION] Le principe selon lequel le malfaiteur ne devrait pas recevoir d'indemnisation de l'assureur, mais devrait plutôt être puni, a bien sûr une certaine validité. Par contre, chaque fois que la protection de l'assurance est refusée par suite de l'application de ce principe, une victime innocente n'est pas indemnisée de sa peine et une obligation contractuelle par ailleurs exécutoire est éteinte sans contrepartie. Lorsque ces deux intérêts s'opposent, la question déterminante qui surgit est la suivante : quel degré de gravité le méfait doit-il avoir pour constituer une violation de l'ordre public telle qu'elle rend inopérant un contrat d'assurance parce qu'elle l'emporte sur les considérations d'ordre public opposées qui favorisent le paiement de l'indemnité?

En ce sens, il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les bénéficiaires nommés et les bénéficiaires de la succession du malfaiteur.

Une politique qui permettrait à une personne de profiter de son méfait ne devrait pas entraîner l'assouplissement de la règle de la déchéance. Il est, en effet, conceptuellement contradictoire d'assouplir la règle pour permettre à des malfaiteurs de profiter de leurs actes répréhensibles, étant donné que la règle vise précisément à empêcher ces personnes de tirer profit de leurs méfaits. En ce qui a trait à l'application de la règle de la déchéance, la meilleure approche est, à mon avis, de soupeser les principes d'intérêt public opposés pour éviter les injustices dans un cas où, comme en l'espèce, la bénéficiaire est une victime innocente.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Singer, Kwinter, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

LIBRARY - SUPREME COURT OF CANADA
BIBLIOTHÈQUE - COUR SUPRÊME DU CANADA

Part 5, 2002 Vol. 1

and Tables

Cited as [2002] 1 S.C.R. { i-xliv
769-952

5^e cahier, 2002 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2002] 1 R.C.S. { i-xliv
769-952

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrétiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil

JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition

PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif

STÉPHANIE CHOLETTE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xxxiii
Authors Cited	xxxvii
Index	941

Lavoie v. Canada769

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Preference given to Canadian citizens for employment in federal Public Service under Public Service Employment Act — Whether preference on basis of citizenship infringing equality guarantee — If so, whether preference justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).

R. v. Braich903

Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal cases — Appellate review — Proposed approach — Functional test.

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused's convictions for manslaughter and aggravated assault and ordering new trial because frailties of identification evidence had not been subjected to sufficient analysis in reasons for judgment — Sufficiency of trial judge's reasons — Whether trial judge's reasons met functional test.

R. v. Lamy860

Criminal law — Elements of offence — Sexual assault with a weapon — Definition of weapon — Whether use of bamboo dildo in sexual assault constituting sexual assault with a weapon — Meaning of term “injury” in definition of “weapon” in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 272(1)(a).

Continued on next page

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	xxxv
Doctrine citée	xxxvii
Index	947

Lavoie c. Canada769

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Préférence en matière d'emploi dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — La préférence fondée sur la citoyenneté porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Dans l'affirmative, la préférence est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)(c).

R. c. Braich903

Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs du jugement — Décision de la Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité des accusés pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que les faiblesses de la preuve d'identification n'avaient pas été analysées suffisamment dans les motifs du jugement — Suffisance des motifs du juge du procès — Les motifs du juge du procès satisfaisaient-ils au critère fonctionnel?

R. c. Lamy860

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Agression sexuelle armée — Définition de « arme » — L'utilisation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Mac856

Criminal law — Forgery — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in forging credit cards — Meaning of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in forging credit cards — Proper interpretation of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code — Ambiguity arising from English version of Criminal Code resolved by clear language in French version — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 369(b).

R. v. Sheppard869

Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal case — Appellate review — Proposed approach — Functional test.

Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Court of Appeal setting aside accused's conviction for possession of stolen property and ordering new trial because trial decision unintelligible and incapable of proper appellate review — Whether trial judge erred in law in failing to deliver meaningful reasons for his decision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a).

Sarvanis v. Canada.....921

Crown — Crown liability — Inmate injured while working at federal penitentiary — Inmate received Canada Pension Plan disability benefits out of Consolidated Revenue Fund — Inmate sued Crown in tort — Whether tort action barred by s. 9 of Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50 — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8.

SOMMAIRE (Fin)

d'un godemiché en bambou dans une agression sexuelle en fait-elle une agression sexuelle armée? — Sens du mot « blesser » dans la définition de « arme » à l'art. 2 du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 272(1)a.

R. c. Mac856

Droit criminel — Faux — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Sens du terme « adapted » dans la version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Lois — Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Interprétation du terme « adapted » dans la version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel — Ambiguïté décelée dans la version anglaise du Code criminel résolue par le libellé clair et non équivoque de la version française — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 369b).

R. c. Sheppard869

Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.

Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Décision de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé pour possession de biens volés et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que la décision de première instance n'était pas intelligible et rendait impossible un examen judiciaire valable en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en ne prononçant pas de motifs valables à l'appui de sa décision — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a).

Sarvanis c. Canada.....921

Couronne — Responsabilité de l'État — Blessures subies par un prisonnier dans le cours de travaux qu'il exécutait dans un pénitencier fédéral — Versement au détenu de prestations d'invalidité prévues par le Régime de pensions du Canada et payées sur le Trésor — Action en responsabilité civile intentée par le détenu contre l'État — Cette action est-elle irrecevable par application de l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50? — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8.



2002 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
RODRIGO ESCAYOLA
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN

SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
YVES NADEAU
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

LOUISE SAVARD
ROSALIE TO-THANH-HIEN

Acting Manager, Editorial Services / Gestionnaire intérimaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
STÉPHANIE CHOLETTE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

ERRATA

[2000] 2 S.C.R., p. 837, para. 89, line 20 of the French version. Read “au même titre que la vôtre” instead of “au même que titre la vôtre”.

[2001] 2 S.C.R., p. 77, para. 112, line 2 of the French version. Read “déférence à son endroit” instead of “déférence en son endroit”.

[2000] 2 R.C.S., p. 837, par. 89, ligne 20 de la version française. Lire « au même titre que la vôtre » au lieu de « au même que titre la vôtre ».

[2001] 2 R.C.S., p. 77, par. 112, ligne 2 de la version française. Lire « déférence à son endroit » au lieu de « déférence en son endroit ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to March 31, 2002 - 1^{er} janvier au 31 mars 2002)

- 1185740 Ontario Ltd. v. Minister of National Revenue* (F.C.), 28791, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- A.L. c. M.G.* (Qué.), 28987, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Armstrong v. London Life Insurance Co.* (Ont.), 28747, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Asante-Mensah v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28867, leave to appeal dismissed, 28.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bank of Nova Scotia v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 28715, leave to appeal dismissed with costs, 21.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Barnieh v. Northland Bank* (Alta.), 28759, leave to appeal dismissed with costs, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Barrow v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28772, leave to appeal dismissed, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bienvenue c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28768, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bigcharles v. Lomax* (B.C.), 28736, leave to appeal dismissed with costs, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Blaselco Entreprises Inc. c. Alexis Nihon (C.D.L.) Inc.* (Qué.), 28697, leave to appeal dismissed, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Bush v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28911, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Canadian Broadcasting Corp. v. Leenen* (Ont.), 28774, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corp. v. Myers* (Ont.), 28775, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Canadien Pacifique Ltée. c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 28753, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Caron v. The Queen* (F.C.), 28783, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Celik v. U.S.F. & G. Insurance Co. of Canada* (Ont.), 28790, leave to appeal dismissed with costs, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Chélin c. Dulude, ès qualités d'arbitre de grief* (Qué.), 28731, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Co-Operators General Insurance Co. v. McNaughton Automotive Ltd.* (Ont.), 28797, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 28685, leave to appeal dismissed with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Cook's Road Maintenance Assn. v. Crowhill Estates* (Ont.), 28497, leave to appeal dismissed, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Corporation of the City of Sudbury v. Union Gas Ltd.* (Ont.), 28770, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Correia v. Danyluk* (Alta.), 28820, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Cunningham v. 728920 Ontario Ltd.* (Ont.), 28682, leave to appeal dismissed, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Danylych v. Danylych* (Ont.), 28995, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- DeGeer v. The Queen* (F.C.), 28730, leave to appeal dismissed with costs, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Descôteaux c. Barreau du Québec* (Qué.), 28786, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- District of Parry Sound Social Services Administration Board v. OPSEU, Local 324* (Ont.), 28819, leave to appeal granted with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Divito c. États-Unis d'Amérique* (Qué.) (Crim.), 28714, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Domaine Ti-Bo Inc. c. Corporation municipale de la ville de Repentigny* (Qué.), 28706, notice of discontinuance filed, 19.3.02, avis de désistement produit.
- Doucet-Boudreau v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 28807, leave to appeal granted, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Down v. Interclaim Holdings Ltd.* (B.C.), 28496, leave to appeal dismissed, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Alouche* (Ont.), 28744, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Duguay c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28903, leave to appeal granted, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Duncan & Craig v. West Edmonton Mall Property Inc.* (Alta.), 28828, leave to appeal dismissed with costs, 28.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dupéré c. Procureure générale du Canada* (C.F.), 28676, leave to appeal dismissed with costs, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Dykun v. Odishaw* (Alta.), 28784, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ethier c. Duchesne Tremblay* (Qué.), 28473, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Farhadi v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 27955, this case is remanded to the Court of Appeal in light of this Court's decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, 24.1.02, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1.
- Friends of the Calgary General Hospital Society v. The Queen* (Alta.), 28812, leave to appeal dismissed with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Gagnon-Bolduc c. Placements D.P.C. Inc.* (Qué.), 28701, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gauthier Bardier c. Gestion Hervieux-Seddiqi* (Qué.), 28650, leave to appeal dismissed with costs, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gayle v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28699, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Giant Grosmont Petroleum Ltd. v. Alberta Energy and Utilities Board* (Alta.), 28827, leave to appeal dismissed with costs, 28.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gill v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28742, leave to appeal dismissed, 21.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Girard c. Auger* (Qué.) (Crim.), 28782, leave to appeal dismissed with costs, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Global BC (also known as BCTV News) v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28823, leave to appeal granted, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Goyette c. Léveillé* (Qué.), 28794, notice of discontinuance filed, 15.2.02, avis de désistement produit.
- Gravelle v. Law Society of British Columbia* (B.C.), 28763, leave to appeal dismissed with costs, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Gregory v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (Ont.), 28814, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Guerriero c. Commission de protection du territoire agricole du Québec* (Qué.), 28560, leave to appeal dismissed with costs, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hershey Canada Inc. v. Glenn Rathwell* (Ont.), 28892, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Hindu Mission of Canada (Quebec) Inc. v. Sharma* (Que.), 28686, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Huyck v. Musqueam Indian Band* (F.C.), 28718, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Igbokwe v. HB Group Insurance Management Ltd.* (Ont.), 28802, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Inverhuron & District Ratepayers' Assn. v. The Queen* (F.C.), 28800, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- J.J.M. v. The Queen* (Man.) (Crim.), 28856, leave to appeal dismissed, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Jacques c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28843, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Johansson c. Comité administratif de l'Ordre des comptables* (Qué.), 28658, leave to appeal dismissed with costs, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Jones v. Morrison, Police Complaint Commissioner* (B.C.), 28846, leave to appeal granted, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Krock v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28740, leave to appeal dismissed with costs, 21.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Kurichh v. Financial Services Commission of Ontario* (Ont.), 28863, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Lacroix v. Dominique* (Man.), 28796, leave to appeal dismissed with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lafarge Canada Inc. v. Bertrand & Frère Construction Co.* (Ont.), 28764, leave to appeal dismissed with costs on a party and party basis, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.
- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 28751, leave to appeal dismissed, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Lebel c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28864, leave to appeal dismissed, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Leclerc c. Corporation du village de Barraute* (Qué.), 28761, leave to appeal dismissed with costs, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Lennard v. Durant* (B.C.), 28810, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Leopold v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28905, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Mailhot c. Ville du Lac Etchemin* (Qué.), 28340, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Manship v. City of Fredericton* (N.B.), 28733, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Mayor c. Semeniuk* (Qué.), 28724, leave to appeal dismissed, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- McLachlan v. Trent University* (Ont.), 28851, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Meese c. Procureure générale du Canada* (Qué.), 28673, leave to appeal dismissed with costs, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Meyer v. Partec Lavalin Inc.* (Alta.), 28793, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Millette c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 28277, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Minister of Citizenship and Immigration v. Chu* (F.C.), 28647, leave to appeal dismissed with costs, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Misir v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28958, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Mohammadian v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.), 28777, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Monias v. The Queen* (F.C.), 28830, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Morrisroe v. Stevens* (Alta.), 28833, leave to appeal dismissed with costs against the appellant, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens contre l'appelant.
- Motor Vessel "Glenshiel" v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28813, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Nichols v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28850, leave to appeal dismissed, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Obodzinsky c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* (C.F.), 28622, leave to appeal dismissed, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.

- Olmstead v. Attorney General of Canada* (F.C.), 28710, leave to appeal dismissed, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Patterson v. The Queen* (Que.) (Crim.), 28968, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pelland c. La Reine* (Ont.) (Crim.), 28785, leave to appeal dismissed, 28.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Perkins-Aboagye v. Kerrigan* (Ont.), 28704, leave to appeal dismissed, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pham c. Hydro-Québec* (Qué.), 28728, leave to appeal dismissed, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Pinteric v. People's Bar and Eatery Ltd.* (Ont.), 28504, leave to appeal dismissed, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Polisuk v. McKinnon* (Ont.), 28767, leave to appeal dismissed with costs, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. R.C.* (Qué.) (Crim.), 28923, this case is remanded to the Quebec Court of Appeal so that it may rule on the application for leave to appeal the judgments rendered by the Superior Court pursuant to s. 676.1 of the *Criminal Code* — reasons at *R.C. v. Québec (Attorney General)*, 2002 SCC 52, 13.3.02, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle se prononce sur la demande d'autorisation d'en appeler des jugements rendus par la Cour supérieure en application de l'art. 676.1 du *Code criminel* — motifs à *R.C. c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 52.
- Procureur général du Québec c. Delage* (Qué.) (Crim.), 28556, this case is remanded to the Quebec Court of Appeal in light of this Court's decision in *R. v. Scott*, [2001] 3 S.C.R. 425, 2001 SCC 73, 10.1.02, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *R. c. Scott*, [2001] 3 R.C.S. 425, 2001 CSC 73.
- Provincial Drywall Supply Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (Man.), 28586, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Quino Corporation v. CIGNA Insurance Co. of Canada* (Que.), 28729, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R. v. Allen* (Alta.), 28834, leave to appeal granted with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel accordée avec dépens.
- R. v. Castro* (B.C.) (Crim.), 28881, leave to appeal dismissed, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Edgar* (B.C.) (Crim.), 28946, leave to appeal granted, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. INCO Ltd.* (Ont.), 28778, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R. v. Johnson* (B.C.) (Crim.), 28945, leave to appeal granted, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. MacMillan* (Ont.), 28687, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- R. v. Owen* (Ont.) (Crim.), 28700, leave to appeal granted, 21.2.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- R. v. R.T.H.* (Ont.) (Crim.), 28904, leave to appeal dismissed, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R. v. Shepherd* (Ont.) (Crim.), 28669, leave to appeal dismissed, 21.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- R.B. c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28842, leave to appeal dismissed, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Racine c. Banque de Montréal* (Qué.), 28750, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

- Rajotte c. Burns* (Qué.), 28787, leave to appeal dismissed with costs, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Ramlall v. Ontario International Medical Graduate Program* (Ont.), 27444, leave to appeal dismissed with costs, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Regatta Plaza Ltd. v. Standard Trust Co.* (Nfld.), 28754, leave to appeal dismissed with costs, 31.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Regenair Inc. c. Quebecor Printing Memphis Inc.* (Qué.), 28677, leave to appeal dismissed with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Richardson v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 28674, notice of discontinuance filed, 5.3.02, avis de désistement produit.
- Rogers v. Graham* (B.C.), 28809, leave to appeal dismissed with costs, 24.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Rong Hwa Hsu v. The Queen* (F.C.), 28845, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- S.A.B. v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 28862, leave to appeal granted, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Saskatchewan Indian Gaming Authority Inc. v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 28801, leave to appeal dismissed with costs, 28.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Saskatoon Board of Police Commissioners v. Saskatoon City Police Assn.* (Sask.), 28847, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Save the Eaton's Building Coalition v. City of Winnipeg* (Man.), 28908, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Saville v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 29087, notice of discontinuance filed, 18.3.02, avis de désistement produit.
- Scalise c. Tribunal administratif du Québec* (Qué.), 28492, leave to appeal dismissed with costs, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Shilling v. The Queen* (F.C.), 28776, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Spears-Haugen v. Haugen* (Ont.), 28822, leave to appeal dismissed, 21.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- St-Onge c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28805, leave to appeal dismissed, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Taillefer c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 28899, leave to appeal granted, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel accordée.
- Tarquini c. Ville de Montréal* (Qué.), 28707, leave to appeal dismissed, 28.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.
- Taylor v. Finnuk* (Que.), 28721, leave to appeal dismissed with costs, 14.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Teitelbaum v. Dyson* (Ont.), 28880, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce c. Bélanger* (Qué.), 28712, leave to appeal dismissed with costs, 7.2.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.
- Van Phu v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 28887, leave to appeal dismissed, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Ville de Repentigny c. Les Habitations de la Rive-Nord Inc. (Qué.), 28722, notice of discontinuance filed, 10.1.02, avis de désistement produit.

Wavel Ventures Corp. v. Provincial Mortgage Service Corp. (Alta.), 28681, leave to appeal dismissed, 10.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.

Weisberg v. Grass (Ont.), 28716, leave to appeal dismissed with costs, 14.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Workplace Health, Safety and Compensation Commission v. Joey's Delivery Service (N.B.), 28769, leave to appeal dismissed with costs, 17.1.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Zanchettin c. Demontigny (Qué.), 28087, leave to appeal dismissed with costs, 7.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Zellers Inc. c. Hamelin (Qué.), 28738, leave to appeal dismissed, 28.3.02, demande d'autorisation d'appel rejetée.

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
2821109, R. v.	227	D	
A		Dynex Petroleum Ltd., Bank of Montreal v.	146
Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	72	E	
Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	133	Enchant Resources Ltd., Bank of Montreal v.	146
Attorney General see also “Canada” or the name of province		F	
B		Fliss, R. v.	535
Bailey v. The Queen.....	769	G	
Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Ltd.	146	Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada.....	719
Bank of Montreal v. Enchant Resources Ltd.	146	Guignard, R. v.	472
Bannon v. Thunder Bay (City).....	716	K	
Benji, R. v.	142	Krangle (Guardian <i>ad litem</i> of) v. Brisco.....	205
Braich, R. v.	903	Krangle (Guardian <i>ad litem</i> of) v. Morrill	205
Brisco, Krangle (Guardian <i>ad litem</i> of) v.	205	L	
C		Lamy, R. v.	860
Canada (Attorney General), Ward v.	569	Lavoie v. Canada.....	769
Canada, Lavoie v.	769	Law, R. v.	227
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Ahani v.	72	M	
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Al Sagban v.	133	Mac, R. v.	856
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Chieu v.	84	Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)..	405
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Sagban v.	133	Mercier, St-Jean v.	491
Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Suresh v.	3	Minister see also “Canada” or the name of province	
Canada, Sarvanis v.	921	Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council).....	249
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	84	Morrill, Krangle (Guardian <i>ad litem</i> of) v.	205
Commission see also “Canada” or the name of province			

	PAGE		PAGE
N		R. v. Ward.....	569
New Brunswick (Judicial Council), Moreau- Bérubé v.	249	Regan, R. v.	297
New Brunswick (Minister of Finance), Mackin v. .	405	Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	156
New Brunswick, Rice v.	405	Rice v. New Brunswick.....	405
O		R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	156
Office see also "Canada" or the name of province		S	
Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada	742	Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	133
P		Sarvanis v. Canada	921
Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., R.W.D.S.U., Local 558 v.	156	Sheppard, R. v.	869
Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 558 v.	156	St-Jean v. Mercier	491
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	678	Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	3
Pilot Insurance Co., Whiten v.	595	Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., Performance Industries Ltd. v.	678
Q		T	
Queen see also "R."		Tessier, R. v.	144
R		The Queen see also "R."	
R. v. 2821109	227	The Queen, Bailey v.	769
R. v. Benji	142	Thunder Bay (City), Bannon v.	716
R. v. Braich	903	Transamerica Life Insurance Co. of Canada, Goulet v.	719
R. v. Fliss.....	535	Transamerica Life Insurance Co. of Canada, Oldfield v.	742
R. v. Guignard.....	472	U	
R. v. Lamy.....	860	Union see also under abbreviated name	
R. v. Law	227	W	
R. v. Mac	856	Ward, R. v.	569
R. v. Regan.....	297	Ward v. Canada (Attorney General).....	569
R. v. Sheppard.....	869	Whiten v. Pilot Insurance Co.	595
R. v. Tessier.....	144		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
2821109, R. c.	227	Commission voir aussi « Canada » ou nom de la province	
A		D	
Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	72	Dynex Petroleum Ltd., Banque de Montréal c.	146
Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	133	E	
B		Enchant Resources Ltd., Bank of Montreal c.	146
Bailey c. The Queen.....	769	F	
Bank of Montreal c. Enchant Resources Ltd.	146	Fliss, R. c.	535
Bannon c. Thunder Bay (Ville).....	716	G	
Banque de Montréal c. Dynex Petroleum Ltd.	146	Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada	719
Benji, R. c.	133	Guignard, R. c.	472
Braich, R. c.	903	K	
Brisco, Krangle (Tutrice à l'instance de) c.	205	Krangle (Tutrice à l'instance de) c. Brisco	205
C		Krangle (Tutrice à l'instance de) c. Morrill	205
Canada, Lavoie c.	769	L	
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Ahani c.	72	La Reine voir aussi « R. »	
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Al Sagban c.	133	Lamy, R. c.	860
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Chieu c.	84	Lavoie c. Canada.....	769
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Sagban c.	133	Law, R. c.	227
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Suresh c.	3	M	
Canada (Procureur général), Ward c.	569	Mac, R. c.	856
Canada, Sarvanis c.	921	Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)	405
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	84		
Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada, Goulet c.	719		
Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada, Oldfield c.	742		

	PAGE		PAGE
Mercier, St-Jean c.	491	R. c. Guignard.....	472
Ministre voir aussi « Canada » ou nom de la province		R. c. Lamy.....	860
Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature).....	249	R. c. Law.....	227
Morrill, Krangle (Tutrice à l'instance de) c.	205	R. c. Mac.....	856
		R. c. Regan.....	297
N		R. c. Sheppard.....	869
Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature), Moreau-Bérubé c.	249	R. c. Tessier.....	144
Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances), Mackin c.	405	R. c. Ward.....	569
Nouveau-Brunswick, Rice c.	405	Regan, R. c.	297
		Reine voir aussi « R. »	
O		Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.....	156
Office voir aussi « Canada » ou nom de la province		Rice c. Nouveau-Brunswick	405
Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada.....	742	S	
		S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	156
P		Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	133
Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 558 c.	156	Sarvanis c. Canada	921
Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., S.D.G.M.R., section locale 558 c.	156	Sheppard, R. c.	869
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	678	St-Jean c. Mercier	491
Pilot Insurance Co., Whiten c.	595	Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	3
Procureur général voir aussi « Canada » ou nom de la province		Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., Performance Industries Ltd. c.	678
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R		T	
R. c. 2821109.....	227	Tessier, R. c.	144
R. c. Benji	142	The Queen, Bailey c.	769
R. c. Braich	903	Thunder Bay (Ville), Bannon c.	716
R. c. Fliss	535	W	
		Ward c. Canada (Procureur général)	569
		Ward, R. c.	569
		Whiten c. Pilot Insurance Co.	595

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40	482
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	482
143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)	[1994] 2 R.C.S. 339	237
143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)	[1994] 2 S.C.R. 339	237
2985420 Canada Inc. c. Fédération du commerce Inc.	[1995] R.J.Q. 44	182
683481 Ontario Ltd. v. Beattie	(1990), 73 D.L.R. (4th) 346	183

A

A. L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.	[1959] S.C.R. 271	180
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	782
Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 72, 2002 CSC 2	140
Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 72, 2002 SCC 2	140
Air Canada v. C.A.L.P.A.	(1997), 28 B.C.L.R. (3d) 159	183
Al Sagban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 133, 2002 CSC 4	91
Al Sagban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 133, 2002 SCC 4	91
Alampi v. Swartz	(1964), 43 D.L.R. (2d) 11	696
Alberta (Provincial Court Judge) v. Alberta (Provincial Court Chief Judge)	(1999), 71 Alta. L.R. (3d) 214, 1999 ABQB 309	284
Alex Henry & Son Ltd. v. Gale	(1976), 14 O.R. (2d) 311	182
Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board	[1953] 2 S.C.R. 140	123
Amicable Society v. Bolland	[1824-34] All E.R. Rep. 570 (1830)	759
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	674
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	779, 794, 830
Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada	(2001), 289 A.R. 1	640
Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission	[1969] 2 A.C. 147	27
Aquaculture Corp. v. New Zealand Green Mussel Co.	[1990] 3 N.Z.L.R. 299	629
Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1997] 3 C.F. 468	113
Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1997] 3 F.C. 468	113
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287	674
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.	[1979] 1 S.C.R. 633	708

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Assoc. des résidents du vieux St-Boniface c. Winnipeg (Ville)	[1990] 3 R.C.S. 1170	62, 469
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	441
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta	[1916] 1 A.C. 588	589
Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co.	[1980] 2 S.C.R. 466	584
Auckland City Council v. Blundell.....	[1986] 1 N.Z.L.R. 732	629
Augdome Corp. v. Gray.....	[1975] 2 S.C.R. 354.....	696
Australian Consolidated Press Ltd. v. Uren.....	(1966), 117 C.L.R. 185.....	627
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	24, 98, 274, 469, 880
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	24, 98, 274, 469, 880
Barry's Ltd. v. Fishermen, Food and Allied Workers' Union	(1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 277	590
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	507
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	279, 431, 457
Bélair c. Lasalle	[1970] C.A. 275	736
Beresford v. Royal Insurance Co.	[1938] 2 All E.R. 602.....	748
Berkheiser v. Berkheiser	[1957] S.C.R. 387	151
Beverly Motel (1972) Ltd. v. Klyne Properties Ltd.	(1981), 126 D.L.R. (3d) 757.....	704
Big Quill Resources Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan	(2001), 203 Sask. R. 298	705
Bird v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.	320 S.W.2d 955 (1959).....	760
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	[2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44	327
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	[2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44	327
Bloom v. Averbach.....	[1927] S.C.R. 615	699
BMW of North America, Inc. v. Gore	517 U.S. 559 (1996).....	618
BMW of North America, Inc. v. Gore	701 So.2d 507 (1997)	632
Bonenfant v. O.T.J. de la Rédemption	[1994] R.R.A. 225	527
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	332, 369
Brasserie Labatt ltée c. Villa	[1995] R.J.Q. 73.....	736
Brett Pontiac Buick GMC Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians, Local 920.....	(1989), 90 N.S.R. (2d) 342	185
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 S.C.R. 87	728, 748, 766
Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 R.C.S. 87	728, 748, 766
British Columbia (Provincial Court Judge) v. British Columbia	(1997), 40 B.C.L.R. (3d) 289	437
British Columbia Packers Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail.....	[1976] 1 C.F. 375	587
British Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board	[1976] 1 F.C. 375	587
Brooks v. Canada Safeway Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	805
Brown & Root Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.	[1967] S.C.R. 642.....	708
Burrard Drydock Co. v. Canadian Union Line Ltd.	[1954] S.C.R. 307	708
Buxbaum (Litigation guardian of) v. Buxbaum.....	[1997] O.J. No. 5166 (QL)	634
Byrnlea Property Investments Ltd. v. Ramsay	[1969] 2 Q.B. 253	698
C		
Cameron c. Canadian Factors Corp.	[1971] R.C.S. 148	736
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	98, 274, 505
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	98, 274, 505

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass.....	[1997] 3 S.C.R. 391	312, 381
Canada (Procureur général) v. Bélair.....	(1991), 10 C.R. (4th) 209	143
Canada v. Lukasik.....	(1985), 18 D.L.R. (4th) 245.....	635
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	35
Canadian Federation of Agriculture v. Attorney-General for Quebec...	[1951] A.C. 179	584
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.	[1976] 1 S.C.R. 309.....	728
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	102
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 S.C.R. 1021	668
Canadian Pacific Ltd. v. Gill.....	[1973] S.C.R. 654	937
Canadian Pacific Ltée c. Gill	[1973] R.C.S. 654	937
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général).....	[1999] 1 R.C.S. 743	931
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 S.C.R. 743	931
Canco Oil and Gas Ltd. v. Saskatchewan	(1991), 89 Sask. R. 37	152
Canepa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 3 C.F. 270	127, 139
Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 3 F.C. 270	127, 139
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643	292
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	292
Caron v. Chodan Estate.....	(1992), 58 O.A.C. 173	676
Cass. civ. 1 ^{re} , 3 mars 1993, R.G.A.T. 1993.648 (Castrassur c. Camat)		732
Cass. civ. 1 st , March 3, 1993, R.G.A.T. 1993.648 (Castrassur v. Camat)		732
Cassell & Co. v. Broome	[1972] A.C. 1027	617, 670
Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1979] 1 R.C.S. 42	442
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan	[1979] 1 S.C.R. 42	442
Central R. Co. of Venezuela v. Kisch	(1867), L.R. 2 H.L. 99	706
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147	639
Charlton v. Fisher.....	[2001] E.W.J. No. 271 (QL)	748
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	105, 799
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	105, 799
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3	135
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3	135
Cie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.	[1995] A.Q. n° 731 (QL)	507
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021	668
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	584
Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada.....	(1989), 69 O.R. (2d) 65	651
Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association	[1892] 1 Q.B. 147	748, 766
Coleman v. Dunlop Ltd.	[1998] P.I.Q.R. 398.....	879
College of Physicians and Surgeons (Ont.) v. Petrie.....	(1989), 32 O.A.C. 248	265
Collette v. Lasnier	(1886), 13 S.C.R. 563	621
Coloca v. B.P. Australia Ltd.	[1992] 2 V.R. 441.....	629
Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans).....	[1997] 1 R.C.S. 12	587
Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans).....	[1997] 1 S.C.R. 12	587
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	485
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369	427

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	427
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	485
Commonwealth Holiday Inns of Canada Ltd. v. Sundy	(1974), 2 O.R. (2d) 601	183
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	102
Conway v. Irish National Teachers' Organisation	(1991), 11 I.L.R.M. 497	623
Cook v. Evatt (No. 2)	[1992] 1 N.Z.L.R. 676	628
Cook v. Lewis	[1951] S.C.R. 830	533
Cooke v. Suite	[1995] R.J.Q. 2765	507
Coolidge v. New Hampshire	403 U.S. 443 (1971)	242
Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.	121 S.Ct. 1678 (2001)	633
Cooper v. Hobart	[2001] 3 S.C.R. 537, 2001 SCC 79	667
Cooper v. O'Connell	No. 85/90-96, 1997 Ireland S.C. Lexis	630
Corbett c. La Reine	[1975] 2 R.C.S. 275	886
Corbett v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 275	886
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	780, 804
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	780, 804
Corbin v. Thompson	(1907), 39 S.C.R. 575	708
Crown Trust Co. v. The Queen in Right of Ontario	(1986), 26 D.L.R. (4th) 41	442
CTV Television Network Ltd. v. Kostenuk	(1972), 26 D.L.R. (3d) 385	184
Cugliari v. White	(1998), 159 D.L.R. (4th) 254	927
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	486, 826
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	486, 826
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	26
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	26
Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon	(1998), 39 O.R. (3d) 620	172
Dalon v. Legal Services Society (British Columbia)	(1995), 10 C.C.E.L. (2d) 89	707
Daniels v. Thompson	[1998] 3 N.Z.L.R. 22	628
Day v. Woodworth	54 U.S. (13 How.) 363 (1851)	631
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	115
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	115
Demers v. Montreal Steam Laundry Co.	(1897), 27 S.C.R. 537	506
Demeter v. Dominion Life Assurance Co.	(1982), 35 O.R. (2d) 560	748
Denison v. Fawcett	[1958] O.R. 312	634
Domtar Chemicals Ltd. v. Leddy	(1973), 37 D.L.R. (3d) 73	182
Domtar Inc.	[2000] O.L.R.D. No. 3761 (QL)	196
Donselaar v. Donselaar	[1982] 1 N.Z.L.R. 97	628
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288	506
Downtown King West Development Corp. v. Massey Ferguson Indus- tries Ltd.	(1996), 133 D.L.R. (4th) 550	692
Dunbar v. Plant	[1997] 4 All E.R. 289	764
Dunlea v. Attorney-General	[2000] 3 N.Z.L.R. 136	629
Dunmore c. Ontario (Procureur général)	[2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94	174
Dunmore v. Ontario (Attorney General)	[2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94	174

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
E		
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant.....	[1997] 1 R.C.S. 241	805
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	805
Edwards c. Barreau du Haut-Canada.....	[2001] 3 R.C.S. 562, 2001 CSC 80	667
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124	583
Edwards v. Harris-Intertype (Canada) Ltd.	(1983), 40 O.R. (2d) 558	641
Edwards v. Law Society of Upper Canada	[2001] 3 S.C.R. 562, 2001 SCC 80	667
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	782, 810, 851
El Tassi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1996] I.A.D.D. No. 993 (QL).....	108
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	805
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	805
Ellison v. L.	[1998] 1 N.Z.L.R. 416	629
Elsom v. Elsom	[1989] 1 S.C.R. 1367	361, 370
États-Unis c. Burns	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7	28
F		
Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Tye	[1971] O.J. No. 11 (QL)	183
Fanjoy c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 233	894
Fanjoy v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 233	893
Farah v. Barki	[1955] S.C.R. 107	706
Fay v. Parker	53 N.H. 342 (1872).....	631
First City Capital Ltd. v. British Columbia Building Corp.	(1989), 43 B.L.R. 29.....	695
Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.	[2000] 1 All E.R. 373.....	879
Foncière Compagnie d' Assurance de France c. Perras	[1942] B.R. 231	736
Foncière Compagnie d' Assurance de France v. Perras	[1942] Que. K.B. 231	736
Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada.....	[1987] 1 C.F. 244	586
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712	483
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	483
Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34	154, 166
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	[1992] 1 R.C.S. 3	371, 444
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	371, 444
G		
Gastebled v. Stuyck	(1973), 12 C.P.R. (2d) 102.....	641
General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.	[1940] S.C.R. 670	708
Gerula v. Flores.....	(1995), 126 D.L.R. (4th) 506.....	651
Glendale v. Drozdzik	(1993), 77 B.C.L.R. (2d) 106	635
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission).....	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	578
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission).....	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	578
Godbout c. Longueuil (Ville de).....	[1995] R.J.Q. 2561.....	735

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Gordeyko v. Edmonton	(1986), 45 Alta. L.R. (2d) 201	698
Gray v. Alanco Developments Ltd.	[1967] 1 O.R. 597	676
Gray v. Motor Accident Commission	(1998), 196 C.L.R. 1	627
Great Atlantic & Pacific Co. of Canada	[1994] OLRB Rep. March 303	170
Green v. Matheson	[1989] 3 N.Z.L.R. 564	629
Grenn v. Brampton Poultry Co.	(1959), 18 D.L.R. (2d) 9	641
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] D.S.A.I. n° 22 (QL)	132
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] I.A.D.D. No. 22 (QL)	132
Grillas c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration	[1972] R.C.S. 577	107
Grillas v. Minister of Manpower and Immigration	[1972] S.C.R. 577	107
Groupe Commerce, Cie d'assurances v. Guignard	[1998] Q.J. No. 695 (QL)	476
Guaranty Trust Co. v. Hetherington	(1987), 50 Alta. L.R. (2d) 193	152
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	418
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	418
Gulf Trollers Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	[1987] 2 C.F. 93	587
Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)	[1987] 2 F.C. 93	587

H

Hardy v. Motor Insurers' Bureau	[1964] 2 Q.B. 745	749
Harper c. La Reine	[1982] 1 R.C.S. 2	884
Harper v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 2	884
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451	810
Harrison v. University of British Columbia	[1990] 3 S.C.R. 451	810
Hart v. Boutilier	(1916), 56 D.L.R. 620	692
Hat'm Abu Zayda v. Israel General Security Service	38 I.L.M. 1471 (1999)	45
Heather Hill Appliances Ltd. v. McCormack	(1965), 52 D.L.R. (2d) 292	184
Hébert v. Lamothe	[1974] S.C.R. 1181	526
Hersees of Woodstock Ltd. v. Goldstein	[1963] 2 O.R. 81	164
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	168, 617, 670, 710
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	168, 617, 670, 710
Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1990] A.C.F. n° 1096 (QL)	95, 140
Hoang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35	95, 140
Home Insurance Co. of New York v. Lindal	[1934] S.C.R. 33	753
Honda Motor Co. v. Oberg	512 U.S. 415 (1994)	633
Horseshoe Bay Retirement Society v. S.I.F. Development Corp.	(1990), 66 D.L.R. (4th) 42	651
Howes v. Crosby	(1984), 45 O.R. (2d) 449	676
Huckle v. Money	(1763), 2 Wils. K.B. 206, 95 E.R. 768	620
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	236, 583

I

I.C.R.V. Holdings Ltd. v. Tri-Par Holdings Ltd.	(1994), 53 B.C.A.C. 72	697
In re Sproule	(1886), 12 S.C.R. 140	379
In the Estate of Crippen	[1911-13] All E.R. Rep. 207 (1911)	760
Inglis Ltd. v. Rao	(1974), 2 O.R. (2d) 525	182
International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada	[1987] 1 F.C. 244	586
Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 477	586

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927	483, 785, 811
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	483, 785, 811
Isaac v. Cook.....	(1982), 44 C.B.R. 39.....	152
J		
J. S. Ellis & Co. v. Willis	(1972), 30 D.L.R. (3d) 397.....	184
Jackson v. Saint John Regional Hospital	(1993), 136 N.B.R. (2d) 64.....	265
Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	665
Joanisse v. Y. (D.).....	(1995), 15 B.C.L.R. (3d) 224	635
John v. MGN Ltd.	[1997] Q.B. 586	625
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	667
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2	667
Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie- Britannique.....	[1980] 1 R.C.S. 1105	293
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105	293
Kates v. Hall.....	(1991), 53 B.C.L.R. (2d) 322	652
Kerr v. Cunard.....	(1914), 16 D.L.R. 662.....	698
Kerslake v. Gray.....	[1957] S.C.R. 516	749
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	28, 115
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779	28, 115
Kinkel v. Hyman.....	[1939] S.C.R. 364	709
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	62, 123, 292
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.	[1987] 1 S.C.R. 2	767
Krishnapillai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	[1997] I.A.D.D. No. 636 (QL).....	98
Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary	[2001] 3 All E.R. 193.....	623
L		
L. v. Robinson	[2000] 3 N.Z.L.R. 499	629
Labelle v. Charette	[1960] Que Q.B. 770	533
Laferrrière v. Lawson	[1991] 1 S.C.R. 541	529
Lamb v. Cotogno	(1987), 164 C.L.R. 1.....	626
Lamb v. Kincaid.....	(1907), 38 S.C.R. 516	693
Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture)	[1992] 2 C.F. 208	926
Langille v. Canada (Minister of Agriculture)	[1992] 2 F.C. 208	926
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur.....	[1992] 1 R.C.S. 351	505
Lauscher v. Berryere	(1999), 172 D.L.R. (4th) 439.....	642
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	174
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	174
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	780, 793, 828, 854
Law Society of Upper Canada v. Skapinker.....	[1984] 1 S.C.R. 357	584
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	780, 793, 828, 854
Lemay v. The King	[1952] 1 S.C.R. 232	369

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lescar Construction Co. v. Wigman	[1969] 2 O.R. 846	182
Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.	1995 WL 360309	618
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice).....	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	780
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice).....	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	780
Lopez v. United States	373 U.S. 427 (1963).....	554
Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.	(1994), 84 F.T.R. 197	657
M		
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	634
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	785
M'Comb v. Low.....	(1873), 1 N.Z. Jur. 49.....	628
Macdonald c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 665	883
Macdonald v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 665	883
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796	889
Magasins Continental Ltée c. Syndicat des employé(es) de commerce de Mont-Laurier (C.S.N.).....	[1988] R.J.Q. 1195.....	182
Maple Leaf Sports & Entertainment Ltd. v. Pomeroy (No. 2)	(1999), 49 C.L.R.B.R. (2d) 285.....	184
Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada.....	[1982] 2 R.C.S. 2	27
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada	[1982] 2 S.C.R. 2	27
Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers' Union	(1972), 24 D.L.R. (3d) 585	586
Markl v. Minister of Employment and Immigration	Imm. App. Bd., No. V81-6127, May 27, 1985	123
Massignani v. Veilleux	[1987] R.R.A. 541	533
Mathews v. Diaz.....	426 U.S. 67 (1976).....	816
Matusiak v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council.....	[1999] B.C.J. No. 2416 (QL).....	651
May v. Platt	[1900] 1 Ch. 616.....	706
McCormick v. National Motor and Accident Insurance Union, Ltd.	(1934), 40 Com. Cas. 76.....	757
McKenzie v. Attorney-General	[1992] 2 N.Z.L.R. 14	629
McKibbon v. The Queen.....	[1984] 1 S.C.R. 131	143
McKinley v. BC Tel	[2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38	785
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	810
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229	810
McLaren Transport Ltd. v. Somerville	[1996] 3 N.Z.L.R. 424	629
McLean Trucking Co. v. Public Service Alliance of Canada	83 C.L.L.C. ¶ 14,047	182
McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.	(1971), 22 D.L.R. (3d) 9	696
Michaud v. Institut des comptables agréés (N.-B.).....	(1994), 149 N.B.R. (2d) 328.....	265
Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez	[1984] 2 S.C.R. 565	122
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez.....	[1984] 2 R.C.S. 565	118
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	505
Montreal Trust Co. v. Maley	(1992), 99 D.L.R. (4th) 257	696
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 S.C.R. 368	480
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 R.C.S. 368	480
Moore v. Minister of Employment and Immigration	Imm. App. Bd., No. 78-3016, December 6, 1978	108

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Moore v. Woolsey	(1854), 4 El. & Bl. 241, 119 E.R. 93	753
Morin v. Blais	[1977] 1 S.C.R. 570	526
Mow Sun Wong v. Hampton.....	435 F.Supp. 37 (1977)	824
Muir v. Alberta.....	[1996] 4 W.W.R. 177	652
Mustaji v. Tjin.....	(1996), 30 C.C.L.T. (2d) 53	651
Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats	[1978] 2 S.C.R. 1153	730
Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats	[1978] 2 R.C.S. 1153	730

N

Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	480
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	480
Nantel v. Parisien	(1981), 18 C.C.L.T. 79.....	656
National Labor Relations Board v. Fruit & Vegetable Packers & Warehousemen, Local 760	377 U.S. 58 (1964).....	198
Nedco Ltd. v. Clark.....	(1973), 43 D.L.R. (3d) 714.....	182
Nedco Ltd. v. Nichols	(1973), 38 D.L.R. (3d) 664.....	182
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170.....	375
Neumann and Young Ltd. v. O'Rourke	(1974), 53 D.L.R. (3d) 11	183
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.).....	[1999] 3 S.C.R. 46	46
New Horizon Investments Ltd. v. Montroyal Estates Ltd.	(1982), 26 R.P.R. 268	709
Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland	(2000), 191 D.L.R. (4th) 225.....	441
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	123, 292, 461
Norberg v. Wynrib.....	[1992] 2 S.C.R. 226	652
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 733	584
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en commu- nication du Canada.....	[1983] 1 R.C.S. 733	584
Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine.....	[1980] 2 R.C.S. 292	586
Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 292	587
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services commu- nautaires) c. G. (J.).....	[1999] 3 R.C.S. 46	46
Nova Scotia Business Capital Corp. v. Coxheath Gold Holdings Ltd.	(1993), 128 N.S.R. (2d) 118	152
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	931
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	931

O

O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454.....	(1994), 118 D.L.R. (4th) 345.....	183
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	62, 469
Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada	[2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22	722
Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada	[2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22	722
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation	[1991] 2 S.C.R. 570	509
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation	[1991] 2 R.C.S. 570.....	509

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
P		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141	505
Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip.....	499 U.S. 1 (1991).....	632
Palsgraf v. Long Island R. Co.....	162 N.E. 99 (1928)	667
Paragon Properties Ltd. v. Magna Envestments Ltd.....	(1972), 24 D.L.R. (3d) 156	642
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board).....	[1997] 2 S.C.R. 890	273
Patenaude v. Roy.....	(1994), 123 D.L.R. (4th) 78.....	651
PCL Construction Management Inc. v. Mills	(1994), 124 Sask. R. 127	184
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba..	[1991] 2 R.C.S. 869	123
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee.....	[1991] 2 S.C.R. 869	123
Pelletier v. Shykofsky	[1957] S.C.R. 635	506
Peter Kiewit Sons Co. v. Public Service Alliance of Canada, Local 20221	[1998] B.C.J. No. 1494 (QL).....	182
Pettitt v. Dunkley	[1971] 1 N.S.W.L.R. 376	880
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)	[1994] 2 R.C.S. 557	26, 98
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 S.C.R. 557	26, 98
Pickford Black Ltd. c. Compagnie d'Assurance Canadienne Générale	[1977] 1 R.C.S. 261	730
Pickford Black Ltd. v. Canadian General Insurance Co.	[1977] 1 S.C.R. 261	730
Pollard v. Gibson.....	(1986), 1 Y.R. 167.....	635
Post Office v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd.....	[1967] 2 Q.B. 363.....	757
Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration.....	[1976] 1 R.C.S. 376	115
Prata v. Minister of Manpower and Immigration	[1976] 1 S.C.R. 376	115
Prince Albert Credit Union v. Diehl	[1987] 4 W.W.R. 419	705
Procor Ltd. v. U.S.W.A.	(1990), 71 O.R. (2d) 410	651
Procureur c. Furundzija	Tribunal pénal international pour l'ex- Yougoslavie, Chambre de première instance n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998	40
Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 466	584
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	482
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada.....	[1931] A.C. 310	584
Prosecutor v. Furundzija	38 I.L.M. 317 (1999)	40
Provincial Express Inc. v. Canadian Union of Postal Workers.....	(1991), 94 Nfld. & P.E.I.R. 75	185
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immi- gration)	[1998] 1 R.C.S. 982.....	24, 80, 98, 274
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982.....	24, 80, 98, 274
Q		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 R.C.S. 211	506, 651
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand.....	[1996] 3 S.C.R. 211	506, 651

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R		
R. (L.) v. Nyp	(1995), 25 C.C.L.T. (2d) 309	652
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70	174
R. v. Anagnostopoulos	(1993), 20 C.R. (4th) 98	902
R. v. Annett	(1984), 17 C.C.C. (3d) 332.....	240
R. v. Arp	[1998] 3 S.C.R. 339	239
R. v. B. (C.R.)	[1990] 1 S.C.R. 717	392
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91	375
R. v. Barrett	[1995] 1 S.C.R. 752	874
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	379
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	244, 566
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	584
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15	886, 919
R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)	[1999] 2 W.L.R. 827; H.C. 6536/95	40
R. v. Braich	[2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27	899
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	887, 913
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	884
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	172
R. v. Carosella	[1997] 1 S.C.R. 80	370
R. v. Chamandy	(1934), 61 C.C.C. 224.....	376
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	240
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	234, 562
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	326, 397
R. v. Cross	(1996), 112 C.C.C. (3d) 410.....	143
R. v. Curragh Inc.	[1997] 1 S.C.R. 537	367
R. v. Dankyi	(1993), 86 C.C.C. (3d) 368.....	902
R. v. Darrach	[2000] 2 S.C.R. 443, 2000 SCC 46	360
R. v. Davis	(1995), 98 C.C.C. (3d) 98.....	902
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	540, 552
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	236
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	236
R. v. Eisenhauer	(1998), 123 C.C.C. (3d) 37	559
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	360
R. v. Ewanchuk	(1998), 13 C.R. (5th) 324	283
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	892, 918
R. v. G. (G.)	(1995), 97 C.C.C. (3d) 362.....	894
R. v. G. (M.)	(1994), 93 C.C.C. (3d) 347	882
R. v. G.D.B.	[2000] 1 S.C.R. 520, 2000 SCC 22	376
R. v. Gostick	(1999), 137 C.C.C. (3d) 53	882
R. v. Graves	(2000), 189 N.S.R. (2d) 281, 2000 NSCA 150.....	882
R. v. Gun Ying	[1930] 3 D.L.R. 925	900
R. v. Hache	(1999), 25 C.R. (5th) 127	882
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	563
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	591
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	379

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	166
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	32, 172
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	380
R. v. Khan	[2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86	543, 893
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	247
R. v. Lapointe	[1997] N.B.J. No. 57 (QL)	451
R. v. Leblanc	(1997), 190 N.B.R. (2d) 70	452
R. v. LeBlanc	(1981), 64 C.C.C. (2d) 31	237, 452
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	279, 454
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	122, 380
R. v. McBride	(1999), 133 C.C.C. (3d) 527	559
R. v. McCullough	[1970] 1 C.C.C. 366	900
R. v. McCully	N.B. Prov. Ct. (Moncton), February 13, 1996	451
R. v. McMaster	[1996] 1 S.C.R. 740	889
R. v. Meddoui	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345	554
R. v. Mentuck	[2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76	546
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	360
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	578
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	893
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	894
R. v. N. (P.L.F.)	(1999), 138 C.C.C. (3d) 49	882
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.	(1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158	588
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606	47, 505
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	325, 379
R. v. O.N.E.	[2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77	546
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	486, 782, 814
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	144, 362
R. v. Osborn	[1971] S.C.R. 184	396
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	326, 380
R. v. R. (D.)	[1996] 2 S.C.R. 291	890, 913
R. v. Richardson	(1992), 74 C.C.C. (3d) 15	901
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	886
R. v. S. (S.)	[1990] 2 S.C.R. 254	337
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	166
R. v. Salutin	(1979), 11 C.R. (3d) 284	559
R. v. Saul	(1984), 10 D.L.R. (4th) 736	588
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	326, 397
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	360
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2..102, 172, 483	
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	906
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	33
R. v. Solomon	[1997] 3 S.C.R. 696	567
R. v. Spinelli	(1995), 101 C.C.C. (3d) 385	241
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	236, 552
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	370
R. v. Sweitzer	[1982] 1 S.C.R. 949	392
R. v. T. (V.)	[1992] 1 S.C.R. 749	380

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Tapaquon	[1993] 4 S.C.R. 535	143
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	246
R. v. Twin	(1985), 23 C.C.C. (3d) 33	588
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	362, 371
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	901
R. v. Wells	(1996), 107 C.C.C. (3d) 504	551
R. v. Wiggins	[1990] 1 S.C.R. 62	567
R. v. Wijesinha	[1995] 3 S.C.R. 422	564
R. v. Woods	(1996), 179 N.B.R. (2d) 153	451
R. v. Yebeš	[1987] 2 S.C.R. 168	886
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	59
Ramsden c. Peterborough (Ville)	[1993] 2 R.C.S. 1084	485
Ramsden v. Peterborough (City)	[1993] 2 S.C.R. 1084	485
Ratych v. Bloomer	[1990] 1 S.C.R. 940	665
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	31, 376, 838
Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board	(1974), 52 D.L.R. (3d) 728	27
Recovery Production Equipment Ltd. v. McKinney Machine Co.	(1998), 223 A.R. 24	651
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	293, 469
Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914	[1928] S.C.R. 457	586
Reference re Firearms Act (Can.)	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	578
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	441
Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)	[1991] 2 S.C.R. 158	584
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	31, 173, 785, 808
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	266, 416, 447
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1998] 1 S.C.R. 3	440
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	583
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200	584
Refrigeration Supplies Co. v. Ellis	[1971] 1 O.R. 190	182
Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)	[1991] 2 R.C.S. 158	584
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	31, 838
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	578
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	31, 173, 785, 808
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	266, 416, 447
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1998] 1 R.C.S. 3	440
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	584
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	469
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	441
Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1985] I.A.B.D. No. 4 (QL)	96, 138
Ridge v. Baldwin	[1964] A.C. 40	461
Rieger v. Burgess	[1988] 4 W.W.R. 577	642
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	102, 933
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	484, 580, 820
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	484, 580, 820
Robertson Yates Corp. v. Fitzgerald	65 C.L.L.C. ¶ 14,091	184

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Robitaille v. Vancouver Hockey Club Ltd.	(1981), 124 D.L.R. (3d) 228	634
Rocca Construction Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the U.S.A. and Canada, Local 721	(1978), 21 Nfld. & P.E.I.R. 198	184
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232	483
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232	483
Rookes v. Barnard	[1964] A.C. 1129	622
Rourke v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 1021	396
Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.	[1999] 3 S.C.R. 408	639
Ruffo v. Conseil de la magistrature	[1995] 4 S.C.R. 267	279
Rumble v. Heygate	(1870), 18 W.R. 749	698
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	167

S

Saskatchewan Minerals v. Keyes	[1972] S.C.R. 703	151
Saunders v. Edwards	[1987] 1 W.L.R. 1116	764
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	441
Schilling Estate v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada	(1997), 108 O.A.C. 306	728
Schwartz v. Canada	[1996] 1 S.C.R. 254	508
Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 54	506
Scurry-Rainbow Oil Ltd. v. Galloway Estate	(1993), 138 A.R. 321	152
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	167
Secretary of State for the Home Department v. Rehman	[2001] 3 W.L.R. 877	24
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	482
Ship M. F. Whalen v. Pointe Anne Quarries Ltd.	(1921), 63 S.C.R. 109	692
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	61, 115
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	61, 115
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	32
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)	[1987] 2 C.F. 359	833
Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1987] 2 F.C. 359	833
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680	380
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	530
Soo-Security Motorways Ltd. v. Kowalchuck	(1980), 9 Sask. R. 354	183
St. Lawrence Petroleum Ltd. v. Bailey Selburn Oil & Gas Ltd.	[1963] S.C.R. 482	152
Standard Life Assurance Co. v. Trudeau	(1900), 31 S.C.R. 376	766
Starkman v. Delhi Court Ltd.	(1960), 24 D.L.R. (2d) 152	641
Stats v. Mutual of Omaha Insurance Co.	(1976), 14 O.R. (2d) 233	750
Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis	[1997] R.J.Q. 1332	533
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802	362, 506
Stein v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	362, 506
Stepps Investments Ltd. v. Security Capital Corp.	(1976), 73 D.L.R. (3d) 351	696
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	810
Stubart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	102
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	102
Sugarman v. Dougall	413 U.S. 634 (1973)	816

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	75, 116, 140
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	75, 116, 140
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879	122
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879	122
T		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 R.C.S. 1083	173
Taylor v. Beere	[1982] 1 N.Z.L.R. 81	623
ter Neuzen v. Korn	[1995] 3 S.C.R. 674	674
The Queen v. Robertson	(1882), 6 S.C.R. 52	585
Therrien (Re)	[2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35	279
Thompson v. Commissioner of Police of the Metropolis	[1997] 2 All E.R. 762	625
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	483, 811
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	483, 811
Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)	[1978] 2 S.C.R. 267	674
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital	[1994] 1 S.C.R. 114	508
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital	[1994] 1 R.C.S. 114	508
Toronto Harbour Commissioners v. Sninsky	(1967), 64 D.L.R. (2d) 276	184
Troja v. Troja	(1994), 33 N.S.W.L.R. 269	764
TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.	509 U.S. 443 (1993)	633
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	98, 274
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.	[1999] 2 S.C.R. 1083	173
United Services Funds (Trustees of) v. Richardson Greenshields of Canada Ltd.	(1988), 22 B.C.L.R. (2d) 322	707
United Services Funds (Trustees) v. Hennessey	[1994] O.J. No. 1391 (QL)	651
United States of America v. Cobb	[2001] 1 S.C.R. 587, 2001 SCC 19	327
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7	28
United States v. O'Bryant	775 F.2d 1528 (1985)	242
United States v. Procopio	88 F.3d 21 (1996)	238
United States v. Sumlin	909 F.2d 1218 (1990)	242
Uren v. John Fairfax & Sons Pty. Ltd.	(1966), 117 C.L.R. 118	623
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	416, 453
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	416, 453
Vandepitte v. Preferred Accident Ins. Co.	[1933] 1 D.L.R. 289	756
Vandergrift v. Coseka Resources Ltd.	(1989), 67 Alta. L.R. (2d) 17	152
Vanguard Petroleums Ltd. v. Vermont Oil & Gas Ltd.	[1977] 2 W.W.R. 66	152
Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1085	614, 665
Vriend v. Alberta	(1996), 132 D.L.R. (4th) 595	283, 786

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
W		
W. v. W.	[1999] 2 N.Z.L.R. 1	630
Walker v. CFTO Ltd.	(1987), 59 O.R. (2d) 104	649
Walker v. D'Arcy Moving & Storage Ltd.	(1999), 117 O.A.C. 367	651
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	173, 614, 665
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	166
Weatherall c. Canada (Procureur général)	[1993] 2 R.C.S. 872	805, 843
Weatherall v. Canada (Attorney General)	[1993] 2 S.C.R. 872	805, 843
Weeks v. New York Life Ins. Co.	122 S.E. 586 (1924)	762
Weinstein v. Bucar	[1990] 6 W.W.R. 615	652
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957	442
Westbank Band of Indians v. Tomat	[1989] B.C.J. No. 1638 (QL)	662
Whitbread v. Walley	[1990] 3 S.C.R. 1273	578
Whiten v. Pilot Insurance Co.	[2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18	683, 714
Whitfeld v. De Lauret & Co.	(1920), 29 C.L.R. 71	627
Wilkes v. Wood	(1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489	619
Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.	[1951] S.C.R. 762	185
Williams v. Motorola Ltd.	(1998), 38 C.C.E.L. (2d) 76	651
Windjammer Homes Inc. v. Generation Enterprises	(1989), 43 B.L.R. 315	705
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.	[1951] S.C.R. 887	795
Wittig v. Wittig	(1986), 53 Sask. R. 138	635
X		
XL Petroleum (N.S.W.) Pty. Ltd. v. Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd.	(1985), 155 C.L.R. 448	626
Y		
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	443

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		s. 686(1)(a).....	869
		s. 686(1)(b)(iii).....	535
<i>Act to Amend the Provincial Court Act,</i> S.N.B. 1995, c. 6		<i>Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C.</i> 1985, c. C-50	
s. 1.....	405	s. 9.....	921
s. 2.....	405	F	
s. 3.....	405	<i>Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128</i>	
s. 9.....	405	s. 87.....	205
C		s. 88(1).....	205
<i>Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8</i>	921	I	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2</i>	
s. 1.....	472, 769	s. 19(1).....	3, 72
s. 2(b).....	3, 72, 472	s. 53(1)(b).....	3, 72
s. 2(d).....	3, 72	s. 70(1)(b).....	84, 133
s. 7.....	3, 72	L	
s. 8.....	227	<i>Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15</i>	
s. 11(d).....	405	s. 47.....	716
s. 15(1).....	769	M	
s. 24(2).....	227	<i>Marine Mammal Regulations, SOR/93-56</i>	
<i>Civil Code of Lower Canada</i>		s. 27.....	569
art. 2532.....	719	P	
art. 2550.....	719	<i>Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21</i>	
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 6.11(4).....	249
Preamble.....	405	s. 6.11(8).....	249
s. 91(12).....	569	<i>Public Service Employment Act, R.S.C. 1985,</i> c. P-33	
s. 91(27).....	569	s. 16(4)(c).....	769
s. 92(13).....	569		
<i>Constitution Act, 1982</i>			
s. 24(1).....	405		
s. 52.....	405		
<i>Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46</i>			
s. 2 "weapon".....	860		
s. 272(1)(a).....	860		
s. 369(b).....	856		
s. 577.....	142		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale,</i> L.N.-B. 1995, ch. 6	
art. 1	472, 769	art. 1	405
art. 2b)	3, 72, 472	art. 2	405
art. 2d)	3, 72	art. 3	405
art. 7	3, 72	art. 9	405
art. 8	227	<i>Loi sur la Cour provinciale,</i> L.R.N.-B. 1973, ch. P-21	
art. 11d)	405	art. 6.11(4)	249
art. 15(1)	769	art. 6.11(8)	249
art. 24(2)	227	<i>Loi sur la prescription des actions,</i> L.R.O. 1990, ch. L.15	
<i>Code civil du Bas Canada</i>		art. 47	716
art. 2532	719	<i>Loi sur la responsabilité civile de l'État et le</i> <i>contentieux administratif,</i> L.R.C. 1985, ch. C-50	
art. 2550	719	art. 9	921
<i>Code criminel,</i> L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Loi sur l'emploi dans la fonction publique,</i> L.R.C. 1985, ch. P-33	
art. 2 « arme »	860	art. 16(4)c)	769
art. 272(1)a)	860	<i>Loi sur l'immigration,</i> L.R.C. 1985, ch. I-2	
art. 369b)	856	art. 19(1)	3, 72
art. 577	142	art. 53(1)b)	3, 72
art. 686(1)a)	869	art. 70(1)b)	84, 133
art. 686(1)b)(iii)	535		
F			
<i>Family Relations Act,</i> R.S.B.C. 1996, ch. 128		R	
art. 87	205	<i>Régime de pensions du Canada,</i> L.R.C. 1985, ch. C-8	921
art. 88(1)	205	<i>Règlement sur les mammifères marins,</i> DORS/93-56	
L			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 27	569
Préambule	405		
art. 91(12)	569		
art. 91(27)	569		
art. 92(13)	569		
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>			
art. 24(1)	405		
art. 52	405		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated November 2001, release 16).	169
Allen, Ronald J., and Gerald T. G. Seniuk. "Two Puzzles of Juridical Proof" (1997), 76 <i>Can. Bar Rev.</i> 65.	895
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second: Contracts (2d)</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.	703
Arthurs, H. W. "Comments" (1963), 41 <i>Can. Bar Rev.</i> 573.	181
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa : Association du Barreau canadien, 1988.	380
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	511
Baudouin, Jean-Louis, et Yvon Renaud. <i>Code civil du Québec annoté</i> , t. 2, 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2000.	505
Beatty, David M. "Secondary Boycotts: A Functional Analysis" (1974), 52 <i>Can. Bar Rev.</i> 388.	180
Bell, J. Bowyer. <i>A Time of Terror: How Democratic Societies Respond to Revolutionary Violence</i> . New York: Basic Books, 1978.	53
Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. <i>Citizenship 1996</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	848
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes</i> , t. 2. Sherbrooke : Éditions SEM, 1992.	732
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "charge".	221
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 7, no. 3, 2nd Sess., 36th Parl., July 21, 1997, pp. 6055-56.	223
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (updated 2001, release 2).	760
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , vol. 1. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2001, release 2).	292
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.	40
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.	487
Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. <i>La citoyenneté canadienne : Un sentiment d'appartenance</i> , juin 1994.	818

Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. <i>Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité</i> , 1985.	825
Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. <i>Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité</i> , 1986.	825
Canada. Citizenship and Immigration Canada. <i>Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation</i> . Ottawa: Citizenship and Immigration Canada, 1998.	105
Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. <i>De solides assises pour le 21^e siècle : Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés</i> . Ottawa : Citoyenneté et Immigration Canada, 1998.	105
Canada. Commission d'enquête concernant l'honorable Léo-A. Landreville. <i>Enquête concernant l'honorable Léo-A. Landreville</i> . Ottawa : Le Conseil, 1966.	277
Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Services juridiques. <i>Appels relatifs à une mesure de renvoi</i> , 31 juillet 1999.	107
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 62. <i>Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne</i> . Ottawa : La Commission, 1990.	341, 370
Canada. Commission of Inquiry Re: The Hon. Mr. Justice Leo A. Landreville. <i>Inquiry Re: The Honourable Justice Leo A. Landreville</i> . Ottawa: The Commission, 1966.	277
Canada. Commission royale sur les phoques et l'industrie de la chasse au phoque au Canada. <i>Les phoques et la chasse au phoque au Canada</i> , vol. 1. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.	576
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 1 ^{re} sess., 20 ^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 et suiv.	817
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 7 ^e sess., 21 ^e lég., 26 mars 1953, p. 3523.	935
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VIII, 2 ^e sess., 30 ^e lég., 22 juillet 1977, p. 7928.	107
Canada. Department of Justice. <i>Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper</i> . Ottawa: Department of Justice, 1985.	815
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945, pp. 1335 et seq.	817
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, p. 3333.	935
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VIII, 2nd Sess., 30th Parl., July 22, 1977, p. 7928.	107
Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration. <i>Canadian Citizenship: A Sense of Belonging</i> , June 1994.	818
Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. <i>Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights</i> , 1985.	825
Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. <i>Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights</i> , 1986.	825
Canada. Immigration and Refugee Board of Canada, Legal Services. <i>Removal Order Appeals</i> , July 31, 1999.	107
Canada. <i>Journals of the House of Commons</i> , vol. LXXII, 5th Sess., 17th Parl., January 26, 1934, p. 18.	277
Canada. <i>Journaux de la Chambre des communes</i> , vol. LXXII, 5 ^e sess., 17 ^e lég., 26 janvier 1934, p. 17.	277

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 62. <i>Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor</i> . Ottawa: The Commission, 1990.	341, 370
Canada. Ministère de la Justice. <i>Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail</i> . Ottawa : Ministère de la Justice, 1985.	815
Canada. Rapport du Groupe de travail établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa : Information Canada, 1972.	229
Canada. Report of a Task Force Established Jointly by the Department of Communications/Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.	229
Canada. Royal Commission on Seals and the Sealing Industry in Canada. <i>Seals and Sealing in Canada</i> , vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.	576
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 1988.	380
Canadian Judicial Council. Inquiry Committee Appointed under subsection 63(1) of the <i>Judges Act</i> . <i>Report to the Canadian Judicial Council by the Inquiry Committee appointed under subsection 63(1) of the Judges Act to conduct a public inquiry into the conduct of Mr. Justice Jean Bienvenue of the Superior Court of Quebec in R. v. T. Théberge</i> . Ottawa: The Council, 1996.	283
Canadian Judicial Council. Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the <i>Judges Act</i> . <i>Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia</i> . Ottawa: The Committee, 1990.	263, 883
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.	170
Chapman, Bruce, and Michael Trebilcock. "Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale" (1989), 40 <i>Ala. L. Rev.</i> 741.	621
<i>Chitty on Contracts</i> , vol. 1, 28th ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.	762
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 8th ed. Oxford : Clarendon Press, 1990, "all".	103
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "charge".	221
Conseil canadien de la magistrature. Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la <i>Loi sur les juges</i> . <i>Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse</i> . Ottawa : Le Conseil, 1990.	263, 883
Conseil canadien de la magistrature. Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la <i>Loi sur les juges</i> . <i>Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause R. c. T. Théberge</i> . Ottawa : Le Conseil, 1996.	283
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Thémis, 1999.	102, 858
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	102, 858
Cournoyer, Guy. Annotation to <i>R. v. Biniaris</i> (2000), 32 C.R. (5th) 1.	896
Cox, Archibald. "Strikes, Picketing and the Constitution" (1950-1951), 4 <i>Vand. L. Rev.</i> 574.	196
Davies, G. J. "The Legal Characterization of Overriding Royalty Interests in Oil and Gas" (1972), 10 <i>Alta. L. Rev.</i> 232.	148
Davis, Kenneth Culp. <i>Administrative Law Treatise</i> , vol. 3. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1958.	442

de Smith, Stanley A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. London : Stevens, 1980.	265
Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice, dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., <i>Judicial Independence : The Contemporary Debate</i> . Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 462.	426
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	102
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.	102
Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. <i>The Dictionary of Canadian Law</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "corporeal hereditament", "incorporeal hereditament".	150
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vol. 5. Toronto: Carswell, 1990.	442
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , 2 ^e éd., t. III. Québec : Presses de l'Université Laval, 1989.	442
Ellis, W. H. "Property Status of Royalties in Canadian Oil and Gas Law" (1984), 22 <i>Alta. L. Rev.</i> 1.	152
Emanuelli, Claude. <i>Droit international public : Contribution à l'étude du droit international selon une per- spective canadienne</i> . Montréal : Wilson & Lafleur, 1998.	40
Farrell, William Regis. <i>The U.S. Government Response to Terrorism: In Search of an Effective Strategy</i> . Boulder, Col.: Westview Press, 1982.	53
Feldthusen, Bruce. "Punitive Damages: Hard Choices and High Stakes", [1998] <i>N.Z. L. Rev.</i> 741.	621
Feldthusen, Bruce. "Recent Developments in the Canadian Law of Punitive Damages" (1990), 16 <i>Can. Bus. L.J.</i> 241.	669
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.	188
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	693
Friedland, Martin Lawrence. <i>A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada</i> . Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.	277, 435
Friedland, Martin Lawrence. <i>Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada</i> . Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.	277, 435
Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 <i>Adv. Q.</i> 445.	508
Grahl-Madsen, Atle. <i>Commentary on the Refugee Convention, 1951</i> . Geneva: Division of International Pro- tection of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1997.	50
<i>Halsbury's Laws of Australia</i> , vol. 9. Sydney: Butterworths, 1995.	627
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 12(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.	624
Hannikainen, Lauri. <i>Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status</i> . Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing Co., 1988.	38
Hathaway, James C., and Colin J. Harvey. "Framing Refugee Protection in the New World Disorder" (2001), 34 <i>Cornell Int'l L.J.</i> 257.	29
Hibbert, Christopher. <i>The Roots of Evil: A Social History of Crime and Punishment</i> . Boston: Little, Brown, 1963.	667
Ho, H. L. "The judicial duty to give reasons" (2000), 20 <i>Legal Stud.</i> 42.	879

Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2001, release 1).	579
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> . Toronto: Carswell, 1977.	459
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 2000, release 1).	61, 487, 803
Ireland. Law Reform Commission. <i>Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages</i> . Dublin: The Commission, 1998.	630
Joyner, Christopher C. "Offshore Maritime Terrorism: International Implications and the Legal Response" (1983), 36 <i>Naval War Col. Rev.</i> 16.	53
Jutras, Daniel. "Expertise scientifique et causalité". Dans <i>Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)</i> . Montréal : Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.	530
Karim, Vincent. <i>Commentaires sur les obligations</i> , vol. 1. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1997.	527
Karim, Vincent. « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation » (1999), 40 <i>C. de D.</i> 403.	736
Kash, Douglas. "Abductions of Terrorists in International Airspace and on the High Seas" (1993), 8 <i>Fla. J. Int'l L.</i> 65.	54
Kelley, Ninette, and Michael Trebilcock. <i>The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy</i> . Toronto : University of Toronto Press, 1998.	105
Kerans, Roger P. <i>Standards of Review Employed by Appellate Courts</i> . Edmonton: Juriliber, 1994.	505
Kymlicka, Will. <i>Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights</i> . Oxford: Clarendon Press, 1995.	817
LaFave, Wayne R. <i>Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment</i> , 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.	242
Lederman, W. R. <i>Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1981.	584
Lefebvre, Brigitte. « Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec », dans <i>Développements récents en droit civil</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994, 149.	736
Levitt, Geoffrey. "Is 'Terrorism' Worth Defining?" (1986), 13 <i>Ohio N.U. L. Rev.</i> 97.	53
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.	664
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , vol. 1, 6 ^e éd. Ottawa : CFORP, 2001.	664
Lowry, John, and Philip Rawlings. <i>Insurance Law: Doctrines and Principles</i> . Oxford: Hart Publishing, 1999.	763
MacDonnell J. "Reasons for Judgment and Fundamental Justice". In Jamie Cameron, ed., <i>The Charter's Impact on the Criminal Justice System</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 151.	895
<i>MacGillivray on Insurance Law</i> , 9th ed. by Nicholas Legh-Jones. London: Sweet & Maxwell, 1997.	756
Mayrand, Albert. "L'énigme des fautes simultanées" (1958), 18 <i>R. du B.</i> 1.	533
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.	559
<i>McGregor on Damages</i> , 16th ed. By Harvey McGregor. London: Sweet & Maxwell, 1997.	625

McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , vol. 2, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated April 2001, release 26).	559
Mitchell, Gerard. "Do Trial Judges Have a Duty to Give Reasons for Convicting?" (1999), 25 C.R. (5th) 150.	895
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Sixteenth Meeting</i> , Doc. NU A/CONF.2/SR.16 (1951).	39
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants</i> , Rés. AG 3452 (XXX), Doc. NU A/10034 (1975).	41
Nations Unies. Comité contre la torture. <i>Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada</i> , Doc. NU CAT/C/XXV/Concl.4 (2000).	45
Nations Unies. Comité des droits de l'homme. <i>Observation générale 20, Article 7 (Quarante-quatrième session, 1992), Récapitulation des observations générales ou recommandations générales adoptées par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme</i> , Doc. NU HRI/GEN/II/Rev. 1, à la p. 31 (1994).	50
Nations Unies. Commission des droits de l'homme. <i>Rapport sur la trente-sixième session</i> , Doc. Off. CES NU, 1980, suppl. n° 3, Doc. NU E/CN.4/1408 (1980).	44
Newman, J. Forbes. "Can a Gross Overriding Royalty Be an Interest in Land", in <i>Insight Educational Services, Oil & Gas Agreements Update</i> . Mississauga, Ont.: Insight Press, 1989.	152
Nova Scotia. Department of the Attorney General. <i>Independence, Accountability and Management in the Nova Scotia Public Prosecution Service: A Review and Evaluation</i> . By Joseph A. Ghiz and Bruce P. Archibald. Halifax: The Department, 1994.	386
Nova Scotia. <i>Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution</i> , vol. 1, <i>Findings and Recommendations</i> . Halifax: The Commission, 1989.	334
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur les dommages-intérêts exemplaires</i> . Toronto : La Commission, 1991.	621
Ontario. <i>Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport</i> , t. 2. Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.	335
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Exemplary Damages</i> . Toronto: The Commission, 1991.	621, 672
Ontario. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993.	377
Ontario. <i>The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report</i> , vol. 2. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.	335
Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 <i>Crim. L.J.</i> 315.	400
Picard, M., et A. Besson. <i>Les assurances terrestres en droit français</i> , t. 1, 4 ^e éd. Paris : L.G.D.J., 1975.	739
Porras, Ileana M. "On Terrorism: Reflections on Violence and the Outlaw" (1994), <i>Utah L. Rev.</i> 119.	53
Québec. Ministère de la Justice. <i>Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec : Un mouvement de société</i> , t. II. Québec : Publications du Québec, 1993.	505
Québec. Ministère de la Justice. <i>Crimes à caractère sexuel : Guide du poursuivant</i> . Québec : Direction générale des poursuites publiques, 2000.	340

Québec. Ministère de la Justice. <i>Manuel de directives aux substituts du procureur général</i> . Québec : Direction générale des affaires criminelles et pénales, 1988 (rév. 21 janvier 1997).	340
Rothstein, M. “Section 1: Justifying Breaches of <i>Charter</i> Rights and Freedoms” (1999-2000), 27 <i>Man. L.J.</i> 171.	487
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1995.	530
Scarry, Elaine. <i>The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World</i> . Oxford: Oxford University Press, 1985.	34
Schachter, Oscar. “The Extraterritorial Use of Force Against Terrorist Bases” (1989), 11 <i>Houston J. Int’l L.</i> 309.	53
Schlueter, Linda L., and Kenneth R. Redden. <i>Punitive Damages</i> , vol. 1, 4th ed. New York: Lexis, 2000.	631
Schuck, Peter H. “The Re-Evaluation of American Citizenship” (1997), 12 <i>Geo. Immigr. L.J.</i> 1.	812
Shapiro, Debra. “Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law” (1992), 8 <i>J.L. & Social Pol’y</i> 282.	294
Sharpe, Robert J. “Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter”. In William Kaplan, ed., <i>Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship</i> . Montreal & Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1993, 221.	803
Shaw, Malcolm N. <i>International Law</i> , 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.	40
Shetreet, Shimon. “Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges”, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.	426
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	559
Spencer Bower, George, and Alexander Kingcome Turner. <i>The Law of Actionable Misrepresentation</i> , 3rd ed. London: Butterworths, 1974.	707
Stapleton, Jane. “The Normal Expectancies Measure in Tort Damages” (1997), 113 <i>L.Q.R.</i> 257.	216
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.	895
Sutton, Kenneth. <i>Insurance Law in Australia</i> , 3rd ed. Pyrmont, Australia: LBC Information Services, 1999.	761
Tanovich, David M. “Testing the Presumption That Trial Judges Know the Law: The Case of <i>W. (D.)</i> ” (2001), 43 <i>C.R.</i> (5th) 298.	896
United Kingdom. House of Commons, 6th series, Written Answers to Questions, November 9, 1999.	624
United Kingdom. Law Commission for England and Wales, Report 247. <i>Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages</i> , December 16, 1997.	623
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Report on the Thirty-sixth Session</i> , UN ESCOR, 1980, Supp. No. 3, UN Doc. E/CN.4/1408.	44
United Nations. Committee Against Torture. <i>Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Canada</i> , UN Doc. CAT/C/XXV/Concl.4 (2000).	53
United Nations. General Assembly. <i>Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Sixteenth Meeting</i> , UN Doc. A/CONF.2/SR.16 (1951).	44

United Nations. General Assembly. <i>Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment</i> , GA Res. 3452 (XXX), UN Doc. A/10034 (1975).	44
United Nations. Human Rights Committee. <i>General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies</i> , UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, at p. 30 (1994).	49
Universal Declaration on the Independence of Justice, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 447.	426
Vogel, Paul G. <i>Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 1990, release No. 1).	676
Waddams, Stephen M. <i>The Law of Contracts</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.	693
Waldman, Lorne. <i>Immigration Law and Practice</i> , loose-leaf ed. Toronto: Butterworths, 1992 (service issues 1993-2000).	111
Watson, Garry D., and Craig Perkins. <i>Holmsted and Watson: Ontario Civil Procedure</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2001, release No. 5).	676
Weinrib, Ernest J. <i>The Idea of Private Law</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.	668
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 3. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little Brown, 1970.	559
Windeyer, William John Victor. <i>Lectures on Legal History</i> , 2nd ed. rev. Sydney: Law Book, 1957.	667
Woodman, Faye L. "Financial Obligations of Parents to Adult Disabled Children, Part I" (1997), 17 <i>Est. Tr. & P. J.</i> 131.	221
Woods, Thomas S. "Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction" (1998), 56 <i>The Advocate</i> 61.	508
Wuehler, Russell B. "Rethinking Insurance's Public Policy Exclusion: California's Befuddled Attempt to Apply an Undefined Rule and a Call for Reform" (2001), 49 <i>U.C.L.A. L. Rev.</i> 651.	766

**Elisabeth Lavoie and Jeanne
To-Thanh-Hien** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of Canada and the Public Service
Commission** *Respondents*

and between

Janine Bailey *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right
of Canada and the Public Service
Commission** *Respondents*

and

**Center for Research-Action on Race
Relations** *Intervener*

INDEXED AS: LAVOIE v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 23.

File No.: 27427.

2001: June 12; 2002: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Preference given to Canadian citizens for employment in federal Public Service under Public Service Employment Act — Whether preference on basis of citizenship infringing equality guarantee — If so, whether preference justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).

Canadian citizens receive preferential treatment in federal Public Service employment by virtue of s. 16(4)(c)

**Elisabeth Lavoie et Jeanne
To-Thanh-Hien** *Appelantes*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada
et la Commission de la fonction
publique** *Intimées*

et entre

Janine Bailey *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada
et la Commission de la fonction
publique** *Intimées*

et

**Centre de recherche-action sur les relations
raciales** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LAVOIE c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 23.

N^o du greffe : 27427.

2001 : 12 juin; 2002 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Préférence en matière d'emploi dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — La préférence fondée sur la citoyenneté porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Dans l'affirmative, la préférence est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)(c).

L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (« LEFP ») confère aux citoyens canadiens

of the *Public Service Employment Act* (“PSEA”). The appointment of qualified persons to the Public Service is the exclusive responsibility of the Public Service Commission, as is the exercise of discretion to prefer Canadian citizens under s. 16(4)(c). Staffing takes place by either open or closed competition, the difference being that closed competitions are restricted to existing employees of the Public Service. Open competitions generally involve three stages: the inventory stage, in which persons submit applications to the Commission for general consideration; the referral stage, in which the Commission responds to departmental staffing requests by referring qualified applicants to the requesting department; and the selection stage, in which the requesting department prepares an eligibility list from the list of qualified referrals and chooses from the eligibility list. The citizenship preference at issue in this appeal occurs at the referral stage of open competitions. The appellants, foreign nationals who sought employment in the Public Service without having obtained Canadian citizenship, were, in one way or another, disadvantaged by the application of s. 16(4)(c), and challenge this provision as a violation of their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court, Trial Division, allowed the s. 15(1) claim, but held that the legislation could be justified under s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants’ appeal.

Held (McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie J.J. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 16(4)(c) of the *PSEA* is constitutional.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, and Bastarache J.J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter*. The impugned provision conflicts with the purpose of s. 15(1), which is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The integrated approach to s. 15(1) as set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* involves three broad inquiries. As to the first and second inquiries, the impugned law draws a clear distinction between citizens and non-citizens, and citizenship constitutes an analogous ground of discrimination under

un traitement préférentiel dans l’emploi dans la fonction publique fédérale. Les nominations dans la fonction publique relèvent strictement de la Commission de la fonction publique, tout comme le pouvoir discrétionnaire d’accorder la préférence aux citoyens canadiens en vertu de l’al. 16(4)c). La dotation se fait par concours public ou par concours interne, ce dernier n’étant ouvert qu’aux employés de la fonction publique. Le concours public comporte généralement trois étapes : l’établissement d’un répertoire (les candidats soumettent une demande à l’examen général de la Commission), la présentation (la Commission donne suite à la demande de dotation d’un ministère en lui présentant des candidats qualifiés) et la sélection (le ministère dresse une liste d’admissibilité à partir de la liste des candidats qualifiés présentés et fait son choix à partir de la liste d’admissibilité). La préférence fondée sur la citoyenneté en cause ici intervient à l’étape de la présentation dans le cadre d’un concours public. Les appelantes, des ressortissantes étrangères ayant postulé à des emplois dans la fonction publique sans avoir obtenu au préalable la citoyenneté canadienne, ont été défavorisées d’une manière ou d’une autre par l’application de l’al. 16(4)c), et contestent cette disposition comme violation de leurs droits à l’égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit au moyen fondé sur le par. 15(1), mais a jugé que la disposition pouvait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a rejeté à la majorité le pourvoi des appelantes.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* est constitutionnel.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache : L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La disposition contestée est en conflit avec l’objet du par. 15(1), qui est d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes, ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

L’approche intégrée du par. 15(1), énoncée dans *Law v. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* comporte trois grandes questions. En ce qui concerne les deux premières, la loi contestée établit une distinction nette entre citoyens et non-citoyens et la citoyenneté est un motif de discrimination analogue selon le par.

s. 15(1). The third inquiry, which determines whether the distinction is discriminatory, assesses the subjective experience of the claimant against an objective standard, having regard to four contextual factors. Of these four, the second factor explores the extent to which differential treatment may in fact be acceptable under s. 15(1): where there is a genuine relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment, it may be acceptable to make certain legislative distinctions. In the context of laws whose very *raison d'être* is the definition of citizenship (as in this case), the assertion that citizens and non-citizens are so differently situated that they do not merit equal treatment; and that citizenship is a relevant (and indeed necessary) category on which unequal treatment is based, goes beyond what is contemplated in *Law*. The law or government action must take into account the particular situation of those affected, including any relative advantage or disadvantage. In this case, to the extent non-citizens are "differently situated" than citizens, it is only because the legislature has accorded them a unique legal status. The distinction is not made on the basis of any actual personal differences between individuals. If anything, the distinction places an additional burden on an already disadvantaged group. Such a distinction is impossible to square with this Court's finding in *Andrews v. Law Society of British Columbia*. All three remaining contextual factors further militate in favour of a s. 15(1) violation. First, while the claimants in this case are all relatively well-educated, it is settled law that non-citizens suffer from political marginalization, stereotyping and historical disadvantage. Second, s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not aim to ameliorate the predicament of a group more disadvantaged than non-citizens; rather, the comparator class in this case enjoys greater status on the whole than the claimant class. Finally, the nature of the interest in this case — namely employment — is one that warrants constitutional protection.

The *Law* factors should not however be applied too mechanically. Whether the law perpetuates the view that non-citizens are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society is the overarching question. The *Law* methodology requires a contextualized look at how a non-citizen legitimately feels when confronted by a particular enactment. That subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experience of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience. In this case, the claimants felt legitimately

15(1). La troisième question, qui vise à déterminer si la distinction est discriminatoire, évalue l'expérience subjective du demandeur par rapport à une norme objective, compte tenu de quatre facteurs contextuels. Parmi les quatre, le deuxième facteur tient compte de la mesure dans laquelle la différence de traitement peut en fait être acceptable selon le par. 15(1) : lorsqu'il existe un véritable rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement, il peut être acceptable d'établir certaines distinctions par voie législative. Dans le contexte de lois dont la raison d'être même est de définir la citoyenneté (comme en l'espèce), l'argument selon lequel citoyens et non-citoyens sont dans des situations tellement différentes qu'ils n'ont pas droit à un traitement égal et la citoyenneté est une catégorie pertinente (et en fait nécessaire) sur laquelle se fonde l'inégalité de traitement, va au-delà de ce que vise l'arrêt *Law*. La mesure légale ou gouvernementale doit prendre en compte la situation particulière de ceux qu'elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif. En l'espèce, la situation des non-citoyens diffère de celle des citoyens uniquement parce que le législateur leur a donné un statut juridique unique. La distinction n'est pas établie en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. Elle ne fait qu'ajouter au fardeau d'un groupe déjà défavorisé. Il est impossible de concilier une telle distinction avec la conclusion de la Cour dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*. De plus, les trois autres facteurs contextuels indiquent tous une atteinte au par. 15(1). Premièrement, bien que les appelantes en l'espèce aient toutes un niveau d'instruction relativement élevé, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l'objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. Deuxièmement, l'alinéa 16(4)c) de la *LEFP* n'a pas pour objet de redresser la situation d'un groupe plus défavorisé que les non-citoyens; le groupe de comparaison en l'espèce a plutôt dans l'ensemble un statut plus enviable que le groupe dont font partie les appelantes. Enfin, la nature de l'intérêt en cause, l'emploi, est de ceux qui méritent la protection constitutionnelle.

Les facteurs de l'arrêt *Law* ne doivent pas être appliqués de manière trop mécanique. La question de savoir si la loi perpétue l'opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne est la question primordiale. La méthode de *Law* exige que l'on regarde en contexte comment un non-citoyen peut légitimement se sentir face à un texte de loi précis. Cet examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu'une personne raisonnable vivant une

burdened by the idea that, having made their home in Canada, their professional development was stifled on the basis of their citizenship status. Freedom of choice in work and employment are fundamental aspects of this society and, perhaps unlike voting and other political activities, should be, in the eyes of immigrants, as equally accessible to them as to Canadian citizens.

The government has demonstrated that, on a balance of probabilities, s. 16(4)(c) is a reasonable limit on equality that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. The objectives behind s. 16(4)(c) are sufficiently important to justify limiting the appellants' equality rights. Canada's citizenship policy embodies two distinct objectives: to enhance the meaning of citizenship as a unifying bond for Canadians, and to encourage and facilitate naturalization by permanent residents. The signal effect of the impugned provisions is not to discourage immigration but to underscore the value of citizenship. In an era of increased movement across borders, citizenship provides immigrants with a basic sense of identity and belonging. Parliament has attempted to achieve the goal of enhancing Canadian citizenship in a manner that respects cultural diversity.

With respect to rational connection, Parliament is entitled to some deference as to whether one privilege or another advances a compelling state interest. As to the first objective, Parliament's view is supported by common sense and widespread international practice, both of which are relevant indicators of a rational connection in this case. With regard to the second objective, there is a very close relationship between immigration and naturalization rates in Canada, meaning that a high proportion of immigrants choose to naturalize upon meeting the three-year residency requirement. The government's efforts to enhance the value of citizenship can reasonably be assumed to play a role.

The minimum impairment test has been met. The test asks whether there are less intrusive ways of enhancing the value of citizenship among public servants. Certain features of s. 16(4)(c) render it less intrusive than it might be: it is a preference only and not an absolute bar; it does not apply to closed competition, the most common means of staffing Public Service positions; it only applies to the referral stage of open competition; and dual citizenship is permitted in Canada, such that Canadian law does not burden non-citizens with a choice between renouncing their foreign citizenship and entering the Public Service.

situation semblable partagerait cette expérience. En l'espèce, les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada, leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes. La liberté de choix du travail et l'emploi sont des aspects fondamentaux de la société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux d'un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu'à un citoyen canadien.

L'État a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'al. 16(4)c apporte à l'égalité une restriction raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de l'al. 16(4)c sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits à l'égalité des appelantes. La politique canadienne de citoyenneté intègre deux objectifs distincts : valoriser la citoyenneté comme lien unissant les Canadiens, et encourager et faciliter la naturalisation des résidents permanents. L'effet insigne des dispositions contestées n'est pas de dissuader l'immigration mais de souligner la valeur de la citoyenneté. À une époque où les mouvements transfrontaliers se multiplient, la citoyenneté offre aux immigrants un sentiment fondamental d'identité et d'appartenance. Le législateur a tenté de réaliser l'objectif de valoriser la citoyenneté canadienne en respectant la diversité culturelle.

À l'égard du lien rationnel, une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. Pour le premier objectif, le choix du législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel en l'espèce. Pour le deuxième objectif, il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une grande proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. On peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle.

Le critère de l'atteinte minimale, qui consiste à déterminer s'il existe d'autres moyens moins attentatoires de valoriser la citoyenneté chez les fonctionnaires, est respecté. Certaines caractéristiques de l'al. 16(4)c le rendent moins attentatoire qu'il pourrait l'être : il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale; elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique; elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public; et le Canada permet la double citoyenneté, de sorte que le droit canadien

While certain individuals undoubtedly fall through the cracks of s. 16(4)(c) of the *PSEA*, it is uncertain whether a reasonable alternative is available that would fill these cracks in a fair, consistent and principled manner. Parliament has conscientiously considered alternatives to s. 16(4)(c) and has chosen not to pursue them. The role of this Court is not to order that Parliament should have decided otherwise.

Finally, the infringing effects of s. 16(4)(c) do not outweigh the importance of the objective sought. The disadvantage to non-citizens relative to citizens does not appear significant: it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; promotion via open competition is a distinct possibility for non-citizens despite their disadvantage relative to their colleagues; and non-citizens who are members of the Public Service have unfettered access to closed competitions, which are by far the more conventional avenue of Public Service promotion. Absent greater evidence of the impact on the claimants' career prospects, the inconvenience suffered is not too high a price to pay for the government's right to define the rights and privileges of its citizens.

Per Arbour J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appellants have failed to establish that their claim satisfies the third branch of the *Law* test for assessing equality claims. The reasonable person in circumstances similar to those of the claimants would, upon consideration of the various contextual factors set out in *Law*, conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not offend the essential human dignity of the claimants and therefore does not discriminate.

At the heart of the third *Law* inquiry is the recognition that not all distinctions resulting in differential treatment at law can properly be said to violate equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. An investigation into whether a legal distinction made on enumerated or analogous grounds is discriminatory is vital to that determination. The appropriate perspective from which to analyse a claim of discrimination has both a subjective and an objective component. To read out the requirement of an objective component would be to allow a claimant simply to assert without more that his or her dignity has been adversely affected by a law in order to ground a s. 15(1) claim and, in so doing, would irrevocably damage the *Law* methodology. While there may be certain legislative distinctions, such as those made on the basis of race,

n'oblige pas les non-citoyens à choisir entre leur citoyenneté étrangère et l'accès à la fonction publique. Même si certaines personnes sont certainement victimes des failles de l'al. 16(4)(c) de la *LEFP*, on peut douter de l'existence d'une option raisonnable qui comblerait ces lacunes d'une manière juste, cohérente et probe. Le législateur a consciencieusement envisagé des options autres que l'al. 16(4)(c) et il a décidé de ne pas les adopter. Il n'appartient pas à notre Cour de décréter que le législateur aurait dû prendre une autre décision.

Enfin, les effets attentatoires de l'al. 16(4)(c) ne surpassent pas en importance l'objectif poursuivi. Le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important : il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique; l'avancement par voie de concours public demeure une possibilité réelle pour les non-citoyens malgré leur désavantage par rapport à leurs collègues; les non-citoyens qui sont membres de la fonction publique ont un accès inconditionnel aux concours internes qui sont le moyen le plus usité d'obtenir de l'avancement dans la fonction publique. À défaut de preuve plus soutenue des répercussions sur les perspectives de carrière des appelantes, les inconvénients subis ne représentent pas un prix trop élevé pour permettre à l'État de définir les droits et les privilèges de ses citoyens.

Le juge Arbour : L'alinéa 16(4)(c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelantes n'ont pas réussi à établir que leur allégation satisfait au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* pour l'appréciation des revendications du droit à l'égalité. Une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelantes conclurait, après examen des divers facteurs contextuels établis dans *Law*, que l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des appelantes et qu'il n'est donc pas discriminatoire.

Au cœur de la troisième question de *Law* se trouve la reconnaissance du fait que les distinctions donnant lieu à une différence de traitement devant la loi ne portent pas toutes atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1) de la *Charte*. Il est vital de déterminer si une distinction légale fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire. Le point de vue approprié pour l'analyse d'une allégation de discrimination comporte une partie subjective et une partie objective. Exclure la partie objective reviendrait à admettre qu'il suffit, pour étayer une allégation en vertu du par. 15(1), que le demandeur affirme, sans plus, que sa dignité a souffert en raison d'une loi, ce qui porterait un tort irrévocable à la méthode adoptée dans *Law*. Même si certaines distinctions créées par la loi fondées, par exemple, sur la race, pourraient en

that can be labelled infringements of s. 15(1) without the need for a detailed investigation into whether or not they are discriminatory, this is the exception that proves the rule. In an understandable eagerness to extend equality rights as widely as possible, stripping those rights of any meaningful content must be avoided. Otherwise, the result will be the creation of an equality guarantee that is far-reaching but wafer-thin, leaving equality rights at the mercy of a diluted justificatory analysis under s. 1 in almost every case. When the subjective-objective perspective is properly applied as a necessary condition for making a finding of discrimination, it becomes more difficult to establish that one's equality rights have been infringed. It also becomes more difficult, having made a finding of discrimination, to establish that the resulting s. 15(1) violation can be justified. Freed of the need to guard the integrity of the legislative process against too easy findings of s. 15(1) infringements, the justificatory analysis under s. 1 will then be conducted with the uncompromising rigour that it was intended to have. While this approach to s. 15(1) may blur the distinction between the kinds of considerations that are appropriate under that section and the kinds of considerations that are appropriate under s. 1, the overlap is to some extent merely a function of the fact that s. 15(1) contains its own internal limitation: specifically, its differentiation between legislative distinctions and discrimination.

Virtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to their public services. These restrictions indicate widespread international agreement that such restrictions do not implicate the essential human dignity of non-citizens and that the partial and temporary difference of treatment imposed by these restrictions is not discriminatory. An analysis of the non-exhaustive list of contextual factors suggested in *Law* further militates against a finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates the essential human dignity of reasonable non-citizens. First, while in many aspects of their lives, non-citizens in general suffer from the sort of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, and vulnerability that s. 15(1) of the *Charter* is directed at remedying, there is doubt as to whether these specific claimants suffer from pre-existing disadvantage. On the contrary, this is in some ways a case about the maintaining of pre-existing advantage by the claimants, who want to retain all of the valuable benefits legally accruing to them as members of the European Union and citizens of other countries while claiming similar privileges and benefits afforded to Canadian citizens under an analogous legislative arrangement. Second, where the ground upon which the claim is made actually corresponds to personal differences that are relevant to the legislative purpose, the claimant will have difficulty in proving a violation of essential human

fait être qualifiées d'atteintes au par. 15(1) sans qu'il soit nécessaire d'examiner de façon détaillée si elles sont discriminatoires ou non, il s'agit de l'exception qui confirme la règle. Dans un empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, il faut éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Sinon, il en résultera une garantie d'égalité de vaste étendue, mais superficielle, laissant les droits à l'égalité à la merci, dans presque tous les cas, d'une analyse de justification diluée sous le régime de l'article premier. Lorsque la perspective subjective-objective est correctement appliquée comme condition nécessaire à la constatation de la discrimination, il devient plus difficile d'établir l'atteinte à des droits à l'égalité. Il devient aussi plus difficile, après constatation d'une discrimination, d'établir que l'atteinte au par. 15(1) peut être justifiée. Libérée de la nécessité de préserver l'intégrité du processus législatif contre des constatations trop faciles d'atteintes au par. 15(1), l'analyse de la justification selon l'article premier pourrait alors être faite avec la rigueur intransigeante pour laquelle elle a été conçue. Bien que cette approche du par. 15(1) paraisse estomper la distinction entre le type de considérations qui sont appropriées sous son régime et celles qui le sont pour l'article premier, le recouplement est fonction jusqu'à un certain point du fait que le par. 15(1) comporte sa propre restriction interne : plus précisément, la différenciation entre distinctions législatives et discrimination.

Presque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à leur fonction publique. Ces restrictions indiquent un large consensus international sur l'idée que de telles restrictions ne touchent pas la dignité humaine essentielle des non-citoyens et que la différence de traitement partielle et temporaire qu'elles imposent n'est pas discriminatoire. L'analyse de la liste non exhaustive de facteurs contextuels proposée dans *Law* milite plus avant contre la conclusion que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte à la dignité humaine essentielle de non-citoyens raisonnables. Premièrement, même si dans plusieurs aspects de leur vie, les non-citoyens en général subissent le type de désavantages, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité auxquels le par. 15(1) de la *Charte* vise à remédier, le doute est permis quant à savoir si ces appelantes en particulier souffrent d'un désavantage préexistant. Au contraire, il s'agit d'une certaine façon de la préservation d'un avantage préexistant des appelantes, qui veulent conserver tous les avantages qui leur reviennent légalement comme citoyennes de l'Union européenne et d'autres pays, tout en réclamant les privilèges et avantages similaires offerts aux citoyens canadiens dans un cadre législatif analogue. Deuxièmement, lorsque le motif sur lequel se fonde l'allégation correspond à des différences personnelles qui ont un rapport avec l'objet de la loi, le demandeur peut avoir

dignity, even if differential treatment on the basis of that ground is unjustifiable in the vast majority of cases. Citizenship is relevant to the public distribution of benefits to the extent that it tracks the class of people who have taken on correlative or reciprocal duties in exchange for the receipt of the benefits in question, such that the withholding of those benefits from non-citizens cannot constitute an affront to human dignity. Use in this case of the analogous ground of citizenship as a basis for legislating differential treatment between individuals is both: (a) unavoidable, inasmuch as legislating over matters of citizenship itself entails differential treatment between citizens and non-citizens; and (b) appropriate, inasmuch as the ground of citizenship corresponds to real personal differences between the various individuals who would claim benefits from the state. Finally, the nature and scope of the interests affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are not sufficiently vital and large, nor the effects of that provision sufficiently severe and localized, to allow the claimants to successfully make out a violation of their essential human dignity. The interest at stake here falls considerably short of being an interest in work *per se*. Unlike *Andrews v. Law Society of British Columbia*, this is not a case in which the claimants are simply refused entry into their chosen profession because of their status as non-citizens. At most, what s. 16(4)(c) deprives these claimants of is a chance to enter into open competition with others for positions in the federal Public Service.

Per LeBel J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not violate s. 15 of the *Charter*. The appellants' claim does not meet the third branch of the test designed in *Law* as the citizenship preference does not affect the essential dignity of non-citizens. Whether s. 1 could justify a breach of s. 15 in this case need not be addressed. However, the approach to the *Oakes* test must reflect jurisprudential developments which acknowledge that the minimal impairment branch of the test may leave a significant margin of appreciation as to the selection of the appropriate remedies to Parliament and legislatures, provided they fall within a range of reasonable alternatives.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Binnie JJ. (dissenting): Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life. A law which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of the qualifications or merits

de la difficulté à prouver qu'il y a atteinte à la dignité humaine essentielle, même si la différence de traitement fondée sur ce motif est injustifiable dans la grande majorité des cas. La citoyenneté est pertinente par rapport à la distribution publique des avantages dans la mesure où elle s'attache à la catégorie de personnes qui ont assumé des obligations corrélatives ou réciproques en échange des avantages en question, de sorte que priver des non-citoyens de ces avantages ne peut être une atteinte à la dignité humaine. Le recours en l'espèce au motif analogue de la citoyenneté comme fondement de l'imposition par voie législative d'une différence de traitement est à la fois : a) inévitable, dans la mesure où le fait même de légiférer en matière de citoyenneté implique une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens et b) approprié, dans la mesure où le motif de la citoyenneté correspond à des différences personnelles réelles entre les diverses personnes qui peuvent solliciter des avantages de l'État. Enfin, la nature et l'étendue des droits touchés par l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* ne sont pas suffisamment essentielles et vastes, et les effets de cette disposition ne sont pas suffisamment graves et localisés pour permettre aux appelantes d'établir avec succès qu'il y a eu atteinte à leur dignité humaine essentielle. L'intérêt en cause en l'espèce est loin d'équivaloir au travail comme tel. Contrairement à *Andrews c. Law Society of British Columbia*, il ne s'agit pas d'une situation où l'on refuse aux appelantes l'accès aux professions qu'elles ont choisies, en raison de leur statut de non-citoyennes. Tout au plus, l'al. 16(4)(c) les prive d'une chance de participer avec d'autres personnes à des concours publics ouvrant des postes de la fonction publique fédérale.

Le juge LeBel : L'alinéa 16(4)(c) de la *LEFP* ne viole pas l'art. 15 de la *Charte*. La prétention des appelantes ne satisfait pas au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* parce que la préférence fondée sur la citoyenneté ne touche pas la dignité essentielle des non-citoyens. Il n'y a pas lieu de décider si l'article premier pourrait justifier une atteinte à l'art. 15 en l'espèce. Toutefois, l'application du critère de l'arrêt *Oakes* doit tenir compte de l'évolution jurisprudentielle qui reconnaît que le volet atteinte minimale de ce critère permet de laisser au Parlement et aux législatures provinciales une marge importante d'appréciation dans le choix des réparations appropriées, pourvu qu'elles s'inscrivent à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Binnie (dissidents) : L'alinéa 16(4)(c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* d'une manière qui exclut les immigrants du tissu social canadien. Une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard aux

of individuals in the group, violates human dignity. It is Parliament's task to draft laws in relation to citizenship that comply with s. 15(1). Defining Canadian citizenship does not require that Parliament be allowed to discriminate against non-citizens. That some of the appellants in this case could have become citizens, but chose not to, does not militate against a finding of discrimination. That a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory.

The infringement in this case is not justified under s. 1 of the *Charter*. Assuming that enhancing citizenship and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, the discrimination complained of is not rationally connected to either of these objectives. First, the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a "discrete and insular minority" deserving of protection. Secondly, the assessment that the citizenship preference seems generally to have worked as an incentive to naturalize is not persuasive. There is no evidence to suggest that high rates of naturalization were in any way attributable to the citizenship preference. That the citizenship preference confers only a minimal advantage upon citizens, because it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens, militates against finding a rational connection. Finally, that citizenship requirements for civil service are a widespread international practice is neither relevant nor indicative of a rational connection. There is no evidence that other countries with citizenship-based restrictions on access to Public Service employment share the same objectives as Parliament in this case.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred**

qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine. Il appartient au législateur, en matière de citoyenneté, de concevoir des dispositions conformes au par. 15(1). Définir la citoyenneté canadienne n'exige pas que le Parlement soit autorisé à exercer de la discrimination contre des non-citoyens. Le fait que certaines des appelantes auraient pu demander la citoyenneté, mais ne l'ont pas fait, n'empêche pas de conclure à la discrimination. Le fait qu'une personne puisse se soustraire à la discrimination en modifiant son comportement ne supprime pas l'effet discriminatoire. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire un tel choix viole la dignité humaine et est en soi discriminatoire.

L'atteinte en l'espèce n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En supposant que promouvoir la citoyenneté et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, il n'y a pas de lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Premièrement, la disposition incriminée confère un avantage aux citoyens exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec l'objectif de promouvoir la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie de la discrimination exercée contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une « minorité distincte et isolée » digne de protection. Deuxièmement, la conclusion selon laquelle la préférence fondée sur la citoyenneté semble avoir généralement fonctionné comme incitatif à la naturalisation n'est pas convaincante. Rien dans la preuve n'indique que le taux élevé de naturalisation est de quelque manière attribuable à la préférence fondée sur la citoyenneté. L'affirmation selon laquelle cette préférence ne confère qu'un avantage minimal au citoyen, parce qu'il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique, milite contre l'existence d'un lien rationnel. Enfin, le fait que l'exigence de la citoyenneté pour l'emploi dans la fonction publique est une pratique internationale répandue n'est ni pertinent ni indicatif de l'existence d'un lien rationnel. Aucune preuve n'indique que d'autres pays imposant des restrictions basées sur la citoyenneté à l'emploi dans la fonction publique partagent les mêmes objectifs que le Parlement en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497;

to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Arbour J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

By LeBel J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

By McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC

arrêts mentionnés : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Mow Sun Wong c. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge Arbour

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge L'Heureux-Dubé (dissidentes)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC

38; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) 7, 8, 15(1).
Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15.
Civil Service Act, R.S.C. 1906, c. 16.
Civil Service Act, S.C. 1960-61, c. 57, s. 40(1)(a), (b), (c).
Civil Service Act, 1918, S.C. 1918, c. 12, ss. 38, 41(1).
Civil Service Amendment Act, 1908, S.C. 1908, c. 15, s. 14.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Art. 25(c).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).
Public Service Employment Act, S.C. 1966-67, c. 71.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, Sch. I, Part I.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 21(2).

Authors Cited

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Canada. Department of Justice. *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*. Ottawa: Department of Justice, 1985.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945, pp. 1335 *et seq.*
 Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging*, June 1994.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1985.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

38; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) 7, 8, 15(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 21(2).
Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil, S.C. 1908, ch. 15, art. 14.
Loi du service civil, S.R.C. 1906, ch. 16.
Loi du Service civil, 1918, S.C. 1918, ch. 12, art. 38, 41(1).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)c).
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.C. 1966-67, ch. 71.
Loi sur le service civil, S.C. 1960-61, ch. 57, art. 40(1)a), b), c).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, ann. I, partie I.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 25c).

Doctrine citée

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 20^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 *et suiv.*
 Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d'appartenance*, juin 1994.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1986.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1985.
 Canada. Ministère de la Justice. *Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1985.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford : Clarendon Press, 1995.

Schuck, Peter H. "The Re-Evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.

Sharpe, Robert J. "Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter". In William Kaplan, ed., *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1993, 221.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 1 F.C. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] F.C.J. No. 754 (QL), affirming a judgment of the Trial Division, [1995] 2 F.C. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] F.C.J. No. 608 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Binnie JJ. dissenting.

David J. Jewitt, for the appellants Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the appellant Janine Bailey.

Graham R. Garton, Q.C., and *Yvonne Milosevic*, for the respondents.

Joanne St. Lewis and *Milton James Fernandes*, for the intervener.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — We agree with Bastarache J. that s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 ("PSEA"), infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life, and endorse his reasons on this point. In our view, this conclusion is mandated by *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which we find to be indistinguishable on the question of discrimination. We respectfully disagree, however, that s. 1 justifies the infringement as a "reasonable limit on equality" (para. 21).

Schuck, Peter H. « The Re-Evaluation of American Citizenship » (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.

Sharpe, Robert J. « Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter ». In William Kaplan, ed., *Belonging : The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston : McGill-Queen's University Press, 1993, 221.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 1 C.F. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] A.C.F. n° 754 (QL), qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1995] 2 C.F. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] A.C.F. n° 608 (QL). Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents.

David J. Jewitt, pour les appelantes Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l'appelante Janine Bailey.

Graham R. Garton, c.r., et *Yvonne Milosevic*, pour les intimées.

Joanne St. Lewis et *Milton James Fernandes*, pour l'intervenant.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé et Binnie rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidentes) — Nous sommes d'accord avec le juge Bastarache que l'al. 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« LEFP »), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il exclut les immigrants du tissu social canadien, et nous souscrivons à ses motifs sur ce point. À notre avis, cette conclusion est imposée par l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, avec lequel on ne peut pas faire de distinction en ce qui touche la discrimination. En revanche, nous ne pensons pas que l'atteinte se justifie en vertu de l'article premier comme « restriction raisonnable » du droit à l'égalité (par. 21).

I. Question 1: Does Section 16(4)(c) of the PSEA Infringe Section 15(1) of the Charter?

2

Violation of s. 15(1) depends on finding a discriminatory distinction, based on an enumerated or analogous ground. On both counts, this case is similar to *Andrews*. First, the distinction at issue is made on the basis of citizenship, the very ground held to be analogous in *Andrews*. Once identified, an analogous ground stands as “a constant marker of potential legislative discrimination” and need not be established again in subsequent cases: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 7-10; see also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 119, *per* Binnie J. The distinction here at issue, denial of employment opportunity, is the same distinction recognized in *Andrews*. A discriminatory distinction is one that violates human dignity: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. *Law* affirms *Andrews*, and must therefore be taken as finding that a law which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of the qualifications or merits of individuals in the group, violates human dignity. See *Andrews*, *supra*, *per* McIntyre J., at p. 183.

3

It is argued that *Andrews* is distinguishable as having turned on provincial legislation, whereas this case centers upon federal legislation under the citizenship power. Parliament, it is said, must be granted significant leeway in determining the rights and privileges attached to citizenship if this power is not to be trivialized. This argument, it seems to us, sets up a false dichotomy between Parliament's right to make laws regarding citizenship and Parliament's duty to ensure that its laws conform to s. 15(1). Parliament need not choose between legislating with respect to citizenship and discrimination. Rather, it is Parliament's task to draft laws in relation to citizenship that comply with s. 15(1). This leaves ample scope for the exercise of the citizenship power, so long as Parliament does not make

I. Question 1 : L'alinéa 16(4)(c) de la LEFP porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la Charte?

La violation du par. 15(1) consiste en une distinction discriminatoire fondée sur un motif énuméré ou analogue. Sur les deux points, la présente instance est similaire à l'affaire *Andrews*. Premièrement, la distinction en cause est basée sur la citoyenneté, le motif analogue retenu dans *Andrews*. Une fois identifié, un motif analogue est « un indicateur permanent de discrimination législative potentielle » qui n'a pas à être établi chaque fois par la suite : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7-10; voir aussi *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 119, le juge Binnie. La distinction contestée ici — la privation d'une possibilité d'emploi — est identique à celle qui est reconnue dans *Andrews*. Une distinction est discriminatoire lorsqu'elle porte atteinte à la dignité humaine : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L'arrêt *Law* confirme *Andrews* et doit en conséquence être tenu comme établissant qu'une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égards aux qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine (*Andrews*, p. 183, le juge McIntyre).

On soutient qu'il y a une distinction à faire avec *Andrews* qui porte sur une loi provinciale, alors que la présente instance a trait à une loi fédérale relevant de la compétence sur la citoyenneté. Pour que cette compétence ait un sens, dit-on, le Parlement doit avoir une grande marge de manœuvre dans la détermination des droits et privilèges se rattachant à la citoyenneté. À notre avis, cet argument énonce une fausse dichotomie entre le droit du Parlement de légiférer sur la citoyenneté et son obligation de veiller à ce que ses lois respectent le par. 15(1). Le Parlement n'a pas à choisir entre légiférer sur la citoyenneté et la discrimination. Sa tâche est plutôt de rédiger des textes relatifs à la citoyenneté qui sont conformes au par. 15(1). Cela laisse au Parlement amplement

distinctions that unjustifiably violate human dignity: *Law, supra*. We cannot agree that defining Canadian citizenship requires that Parliament be allowed to discriminate against non-citizens.

It is also argued that *Andrews* involved an outright ban on a form of employment by non-citizens, whereas this case is closer to a lost chance of employment. Again, the distinction eludes us. In both cases, non-citizens were denied employment opportunities, solely because of their citizenship status and for no other reason.

Finally, much has been made of the fact that some of the appellants in this case could have become citizens, but chose not to. In our view, this consideration does not militate against a finding of discrimination. First, such a choice can be attributed to only two of the appellants. Second, in any event the benefit is denied during the period that is required before a permanent resident can obtain citizenship. Third, the fact that a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. If it were otherwise, an employer who denied women employment in his factory on the ground that he did not wish to establish female changing facilities could contend that the real cause of the discriminatory effect is the woman's "choice" not to use men's changing facilities. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory. The law of discrimination thus far has not required applicants to demonstrate that they could not have avoided the discriminatory effect in order to establish a denial of equality under s. 15(1). The Court in *Andrews* was not deterred by such considerations. On the contrary, La Forest J. specifically noted that acquiring Canadian citizenship could in some cases entail the "serious hardship" of losing an existing citizenship. He left no doubt that this hardship was a cost to be considered in favour of the individual affected by the discrimination: *Andrews, supra*, at p. 201.

de latitude pour exercer sa compétence, en autant qu'il ne fait pas de distinctions portant indûment atteinte à la dignité humaine : *Law*. Nous ne pouvons être d'accord que définir la citoyenneté canadienne autorise le Parlement à discriminer envers des non-citoyens.

On prétend par ailleurs que *Andrews* porte sur l'exclusion totale de non-citoyens d'un type d'emploi, alors qu'il s'agit ici de la perte d'une chance d'emploi. Là encore, la nuance nous échappe. Dans les deux cas, des non-citoyens ont été privés de possibilités d'emploi pour la seule et unique raison qu'ils n'avaient pas la citoyenneté.

Enfin, il est fait grand cas de ce que certaines des appelantes auraient pu obtenir la citoyenneté, mais ne l'ont pas fait. À notre avis, cette considération n'empêche pas de conclure à la discrimination. Tout d'abord, ce choix n'est imputable qu'à deux des appelantes. Deuxièmement, l'avantage est de toute manière refusé pendant la période de résidence requise pour obtenir la citoyenneté. Troisièmement, le fait qu'une personne puisse éviter la discrimination en modifiant son comportement n'en supprime pas l'effet discriminatoire. S'il en était autrement, l'employeur qui refuserait d'embaucher des femmes dans son usine parce qu'il ne veut pas mettre un vestiaire à leur disposition pourrait prétendre que la cause réelle de l'effet discriminatoire est le « choix » des femmes de ne pas utiliser le vestiaire des hommes. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire ce type de choix viole la dignité humaine et est discriminatoire en soi. Jusqu'à maintenant, le droit en matière de discrimination n'a pas exigé que le demandeur prouve qu'il n'aurait pu éviter l'effet discriminatoire pour que soit reconnue l'atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1). Dans *Andrews*, la Cour ne s'est pas arrêtée à ces considérations. Au contraire, le juge La Forest dit expressément que, dans certains cas, l'acquisition de la citoyenneté canadienne peut être « fort préjudiciable » lorsqu'elle cause la perte de la citoyenneté d'origine et il ne laisse aucun doute que ce coût doit jouer en faveur de la personne touchée par la mesure discriminatoire : *Andrews*, p. 201.

4

5

II. Question 2: Is the Breach of Section 15(1) Justified Under Section 1 of the Charter?

6

This brings us to s. 1 of the *Charter* and the question of whether the discrimination this law effects is justified in a free and democratic society. In conducting the s. 1 analysis, “it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found” (*Corbiere, supra, per L'Heureux-Dubé J.*, at para. 98 (emphasis deleted)). Indeed, “cases will be rare where it is found reasonable in a free and democratic society to discriminate” (see *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609, *per L'Heureux-Dubé J.*, at para. 95 (citing *Andrews, supra, per Wilson J.*, at p. 154)). Discrimination on the basis of non-citizenship will attract close scrutiny. To quote La Forest J. in *Andrews, supra*, at p. 201:

If we allow people to come to live in Canada, [we] cannot see why they should be treated differently from anyone else. Section 15 speaks of every individual. There will be exceptions no doubt, but these require the rigorous justification provided by s. 1.

The majority of this Court in *Andrews* held that the burden of justification in cases such as this is “onerous”.

7

This Court has held that in order to invoke the protection of s. 1, the government must demonstrate that an infringement of the *Charter* “is ‘reasonable’ and ‘demonstrably justified in a free and democratic society’” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 135). The test that this Court has fashioned to make such a determination requires that (1) the objective of the legislation be pressing and substantial; (2) the rights violation be rationally connected to the aim of the legislation; (3) the impugned provision minimally impair the *Charter* guarantee; and (4) the effect of the measure be proportional to its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgment of the right (see *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182, *per Iacobucci J.* (citing *Oakes, supra*, at pp. 138-39)).

II. Question 2 : L'atteinte au par. 15(1) est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

Nous devons maintenant examiner l'article premier de la *Charte* et décider si l'effet discriminatoire de la loi est justifié dans une société libre et démocratique. Dans cette analyse, « il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte » (*Corbiere, précité*, le juge L'Heureux-Dubé, par. 98 (soulignement omis)). En vérité, « rares seront les cas dans lesquels il sera raisonnable de discriminer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (voir *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, le juge L'Heureux-Dubé, par. 95 (citant *Andrews*, le juge Wilson, p. 154)). La discrimination fondée sur la non-citoyenneté doit faire l'objet d'un examen minutieux. Pour citer le juge La Forest dans *Andrews*, p. 201 :

Si nous permettons à des gens de venir s'installer au Canada, je ne vois pas pourquoi on devrait les traiter différemment des autres. L'article 15 parle de « tous ». Bien sûr, il y aura des exceptions, mais celles-ci seront soumises à la justification rigoureuse prescrite par l'article premier.

Dans *Andrews*, la majorité conclut que la responsabilité de justifier une mesure discriminatoire dans ce type de cas est « lourde ».

La Cour a statué que, pour se prévaloir de la protection de l'article premier, le gouvernement doit prouver que l'atteinte à la *Charte* est « raisonnable » et que « sa justification peut “se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique” » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 135). Le test élaboré par la Cour comporte les quatre volets suivants : (1) l'objectif de la loi doit être urgent et réel; (2) l'atteinte aux droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif de la loi; (3) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*; et (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure et son objectif, de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif (voir *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182, le juge Iacobucci (citant *Oakes*, p. 138-139)).

We agree with the majority that two objectives can be attributed to the impugned legislation: encouraging non-citizens to naturalize, and enhancing citizenship. We note in passing that the majority reasons appear to restate or modify the objectives as the s. 1 analysis progresses. However, since our disagreement turns on the rational connection component of the s. 1 analysis, this point need not detain us here. In our view, when two objectives are accepted as pressing and substantial, the s. 1 analysis must be applied to each of them separately, so that an individual is not left guessing as to the state objective purported to justify the infringement of his or her *Charter* rights. We will consider these objectives in turn.

Assuming that “enhancing citizenship” and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, thereby satisfying the first requirement of the *Oakes* test, we are not satisfied that the discrimination complained of is rationally connected to either of these objectives. In order to satisfy this portion of the s. 1 test, the government must show that the impugned law is “carefully designed to achieve the objective in question”; it must not be “arbitrary, unfair or based on irrational considerations” (*Oakes, supra*, at p. 139).

It is argued that a law giving citizens an advantage in connection with Public Service employment is rationally connected to the legislative objective of enhancing citizenship. With respect, we think this characterization misses the crucial point, which is that the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from, as nourished by, discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a “discrete and insular minority” deserving of protection (*Andrews, supra*, at p. 152). It seems to us that such reasoning is incompatible with the view of Canadian citizenship as defined by “tolerance”,

Nous sommes d'accord avec la majorité que la disposition contestée peut avoir deux objectifs : encourager la naturalisation et promouvoir la citoyenneté. Signalons au passage que les motifs majoritaires paraissent reformuler ou modifier ces objectifs au fur et à mesure que progresse l'analyse selon l'article premier. Cependant, comme notre désaccord porte sur l'existence d'un lien rationnel, il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. À notre avis, lorsque deux objectifs sont tenus pour urgents et réels, l'analyse selon l'article premier doit s'appliquer à chacun d'eux, séparément, pour que le justiciable n'ait pas à deviner quel objectif gouvernemental est censé justifier l'atteinte à ses droits en vertu de la *Charte*. Nous examinerons successivement chacun de ces objectifs.

Présumant que « promouvoir la citoyenneté » et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, conformément au premier volet du test de l'arrêt *Oakes*, nous ne sommes pas convaincues qu'il existe un lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Pour satisfaire à ce volet du test, l'État doit montrer que la loi contestée est « soigneusement conçu[e] pour atteindre l'objectif en question » et qu'elle n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitable, ni fondé[e] sur des considérations irrationnelles » (*Oakes*, p. 139).

On plaide qu'il existe un lien rationnel entre l'octroi au citoyen d'un avantage lié à l'emploi dans la fonction publique et l'objectif législatif de promotion de la citoyenneté. Avec égards, nous sommes d'avis que cette affirmation néglige le point crucial que la disposition attaquée confère un avantage à des citoyens en exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec la promotion de la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie, ou se nourrit, de la discrimination contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une minorité distincte et isolée, digne de protection (*Andrews*, précité, p. 152). Ce raisonnement nous paraît incompatible avec la « tolérance », la « foi dans l'égalité » et le « respect de tous les membres

8

9

10

“a belief in equality” and “respect for all individuals” (Citizenship and Immigration Canada, available at <http://www.cic.gc.ca/english/about/faq/ask-23e.html> and <http://www.cic.gc.ca/english/newcomer/welcome/wel-03e.html>). As the majority points out at para. 52, “[i]mmigrants come to Canada expecting to enjoy the same basic opportunities as citizens”. Accordingly, the majority argues that work and employment, which are “fundamental aspects” of Canadian society, “should be . . . as equally accessible to them as to Canadian citizens” and that “[d]iscrimination in these areas has the potential to marginalize immigrants from the fabric of Canadian life and exacerbate their existing disadvantage in the Canadian labour market”.

11

To put it another way, we fail to see how the value of Canadian citizenship can in any way be enhanced by a law that the majority concedes discriminates against non-citizens, particularly given La Forest J.’s recognition in *Andrews*, *supra*, at p. 197, that “[o]ur nation has [historically] drawn strength from the flow of people to our shores”. In this regard, we also find Linden J.A.’s evolutionary view of Canadian citizenship compelling: “The broader, inclusive, Canadian view of citizenship which has emerged brings with it important legal ramifications It is a tool of equality, not exclusion” (*Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at para. 121). A law that favours the relatively advantaged group of Canadian citizens over the relatively disadvantaged group of non-citizens serves to undermine, not further, the value of Canadian citizenship, based as it is on principles of inclusion and acceptance. The anomaly of this reasoning is accentuated by the majority’s contention that the citizenship preference only minimally advantages citizens. The notion that a trivial advantage, secured at the cost of violating s. 15(1)’s equality guarantee, could enhance citizenship, is difficult for us to fathom.

12

Moreover, the government presented no evidence that excluding non-citizens in fact furthers the objective of enhancing citizenship. The majority addresses this difficulty by arguing, at para. 59, that “Parliament is entitled to some deference as to

de la société », qui sont censés définir la citoyenneté canadienne (Citoyenneté et Immigration Canada, <http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/faq/guide-23.html> et <http://www.cic.gc.ca/francais/vivre/bienvenue/bien-03.html>). Comme le souligne la majorité (au par. 52), « [I]es immigrants arrivant au Canada s’attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens » et, en conséquence, le travail et l’emploi, qui sont des « aspects fondamentaux » de la société canadienne, « devraient [. . .] lui être tout aussi accessibles qu’à un citoyen canadien », et « [l]a discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada ».

En d’autres termes, nous ne voyons pas comment la valeur de la citoyenneté canadienne puisse être accrue par une loi qui, de l’aveu même de la majorité, est discriminatoire envers des non-citoyens, alors que, dans *Andrews*, le juge La Forest reconnaît que « [t]out au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l’habiter » (p. 197). À cet égard, nous trouvons convaincante la conception évolutive de la citoyenneté canadienne du juge Linden : « Cette conception plus large et plus inclusive qui s’est développée au Canada s’accompagne de retombées importantes sur le plan juridique [. . .] C’est un instrument d’égalité et non pas d’exclusion » (*Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), par. 121). Une loi qui favorise le groupe relativement privilégié de citoyens canadiens par rapport au groupe relativement défavorisé de non-citoyens ne valorise pas la citoyenneté canadienne, fondée sur des principes d’inclusion et d’acceptation, mais elle la discrédite. L’anomalie de ce raisonnement est accentuée par l’affirmation de la majorité que la préférence fondée sur la citoyenneté ne confère qu’un avantage minimal au citoyen. Il nous est difficile de concevoir qu’un avantage minime, obtenu au prix de la violation du droit à l’égalité garanti au par. 15(1), puisse être de nature à promouvoir la citoyenneté.

En outre, le gouvernement n’a offert aucune preuve que l’exclusion des non-citoyens favorise en fait l’objectif de promotion de la citoyenneté. Face à cette difficulté, la majorité soutient qu’« une certaine déférence est due au législateur quant à savoir

whether one privilege or another advances a compelling state interest”. But judicial deference alone cannot establish a rational connection. In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 78-79, Iacobucci J., writing for the majority, stated:

As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: “The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny.”

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification.

In that case, this Court concluded the impugned legislation was not saved by s. 1 after finding “no evidence” of a rational connection (*M. v. H.*, *supra*, at paras. 109-15).

In previous decisions, this Court has duly granted a greater degree of deference to legislation with a valid objective related to social justice, for example, legislation that promotes the protection of a socially vulnerable group (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). It follows from this principle that “[a] less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right”, where, as here, “the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority” (see *Adler*, *supra*, per L’Heureux-Dubé J., at para. 95). As our colleague Bastarache J. concedes, at para. 53, “[s. 16(4)(c)] does not promote the interests of a vulnerable group, is not premised on particularly complex social science evidence, and interferes with an activity (namely employment) whose social value is relatively high”. Indeed, this Court has recognized that employment is a fundamental aspect of an individual’s life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (citing *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1

si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l’État » (par. 59). Or, la déférence des tribunaux ne peut à elle seule créer un lien rationnel. Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78-79, le juge Iacobucci dit ceci au nom de la majorité :

Comme le juge Cory l’a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54 : « La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [. . .] pas servir à soustraire certains types de décisions d’ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. »

En vertu de l’article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l’atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l’affirmation générale voulant que l’atteinte soit justifiée.

Dans cette affaire, la Cour conclut qu’en l’absence de preuve de lien rationnel, la loi contestée ne peut être sauvegardée par l’article premier (*M. c. H.*, par. 109-115).

Dans des arrêts antérieurs, la Cour a dûment accordé un degré plus élevé de déférence envers des dispositions législatives ayant un objectif valable lié à la justice sociale, comme la protection d’un groupe social vulnérable (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). Il résulte de ce principe qu’« une moins grande retenue serait appropriée et [que] l’État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l’atteinte au droit garanti par la *Charte* » lorsque, comme en l’espèce, « la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l’objectif social vise à servir l’intérêt de la majorité » (voir *Adler*, précité, le juge L’Heureux-Dubé, par. 95). Comme le reconnaît notre collègue le juge Bastarache, « [l’al. 16(4)c)] ne défend pas les intérêts d’un groupe vulnérable, il ne s’appuie pas sur une preuve particulièrement complexe de sciences humaines et il touche une activité (l’emploi) dont la valeur sociale est relativement élevée » (par. 53). La Cour a effectivement reconnu que l’emploi est un aspect fondamental de la vie d’une personne et une composante essentielle de son identité, de sa dignité personnelle, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel (voir *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, par. 53 (citant le *Renvoi relatif à la Public*

S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 368)). Given the onus on the state in this case, we are of the view that it is incumbent on the government to offer at least some evidence that the impugned law furthers the objective of promoting the value of Canadian citizenship before the s. 15(1) violation can be justified.

14 We conclude that in this case, as in *M. v. H.*, *supra*, and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the infringing measure was antithetical to the objective sought to be achieved. There is no rational connection between the discrimination effected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* and the objective of enhancing citizenship.

15 We now turn to the second objective. It is argued that a law giving citizens an advantage in connection with Public Service employment is rationally connected to the legislative objective of encouraging naturalization. At first blush, this may seem plausible: since non-citizens could avail themselves of this same benefit by naturalizing, they have an incentive to do so. However, it seems to us this benign characterization fails to capture the significance of the government's position. In essence the government's argument is this: we discriminate against people lawfully in Canada so that they will value citizenship and be motivated to become citizens, at which point we will cease to discriminate against them. As noted above, the discrimination in question is at odds with the values of tolerance, equality and respect that the government acknowledges lie at the heart of Canadian citizenship.

16 Moreover, as with the first objective asserted, the government introduced no evidence capable of supporting the contention that the discrimination complained of actually works as an incentive to naturalize. We are not persuaded by the majority's assessment, at para. 60, that the citizenship preference "seems generally to have worked". That the impugned provision was in effect at a time when the naturalization rate was high does not prove that the impugned provision caused the high naturalization rate. There is no evidence to suggest that high rates

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, p. 368)). Vu le fardeau qui incombe à l'État en l'espèce, nous estimons qu'il lui appartient d'avancer à tout le moins quelque preuve que la loi contestée favorise l'objectif de promotion de la citoyenneté canadienne pour que l'atteinte au par. 15(1) puisse être justifiée.

Nous concluons qu'en l'espèce, comme dans *M. c. H.*, précité, et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la mesure attentatoire va à l'encontre de l'objectif allégué. Il n'y a aucun lien rationnel entre l'effet discriminatoire de l'al. 16(4)c) de la *LEFP* et l'objectif de promotion de la citoyenneté.

Passons maintenant au deuxième objectif. On fait valoir qu'il existe un lien rationnel entre une loi accordant aux citoyens un avantage dans l'emploi dans la fonction publique et l'objectif législatif d'incitation à la naturalisation. De prime abord, cela peut paraître plausible : comme les non-citoyens peuvent obtenir le même avantage en se faisant naturaliser, ils sont incités à le faire. Cependant, cette interprétation conciliante ne permet pas de saisir la portée de la position du gouvernement, qui est essentiellement la suivante : nous exerçons une discrimination contre des personnes qui se trouvent légalement au Canada afin qu'elles attachent de la valeur à la citoyenneté et soient incitées à l'obtenir; dès lors qu'elles l'obtiennent, nous mettons fin à la discrimination. Comme nous le notons plus haut, la discrimination en cause est incompatible avec les valeurs de tolérance, d'égalité et de respect que le gouvernement reconnaît comme étant au cœur de la citoyenneté canadienne.

Comme c'est le cas pour le premier objectif allégué, le gouvernement n'a offert aucune preuve pouvant étayer la prétention que la mesure discriminatoire a eu comme résultat d'inciter à la naturalisation. La conclusion de la majorité (au par. 60) selon laquelle la préférence fondée sur la citoyenneté « semble avoir généralement fonctionné » ne nous convainc pas. Le fait que l'application de la disposition contestée ait coïncidé avec un taux élevé de naturalisation ne démontre pas que la disposition en est la cause. Rien dans la preuve

of naturalization were in any way attributable to the citizenship preference.

Indeed, the majority's assertion that the citizenship preference confers a minimal advantage upon citizens militates against finding a rational connection. That it is "almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens" (emphasis deleted) and "the latter's disadvantage relative to the former does not appear significant", as the majority believes (para. 71), works against the notion that the citizenship preference causally contributed to high rates of naturalization. Still less can it be argued that the citizenship preference was "carefully designed" to achieve the objective of encouraging non-citizens to naturalize (*Oakes, supra*, at p. 139).

For these reasons, we conclude there is no rational connection between s. 16(4)(c) of the *PSEA* and the objective of encouraging non-citizens to naturalize.

Finally, we would add this. The fact that citizenship requirements for civil service are a "widespread international practice" (para. 59) is neither relevant nor indicative of a rational connection in this case. There is no evidence that other countries with citizenship-based restrictions on access to Public Service employment share the same objectives as Parliament in this case. In fact, the government itself argued at trial that most democratic countries with citizenship requirements on Public Service employment have different immigration policies and realities and therefore base their citizenship requirements on different legislative objectives. For instance, the respondents' record suggests that Germany's citizenship requirement is tied to concerns about loyalty and commitment: "The fundamental duty of the civil servant is derived from the concept of a civil servant's position as one of service and loyalty". Moreover, the government argued that New Zealand's citizenship restriction on national security postings "is tailored to a narrower legislative purpose which would not serve the broader citizenship objectives of the Canadian Parliament"

n'indique que le taux élevé de naturalisation soit de quelque manière attribuable à la préférence basée sur la citoyenneté.

En fait, l'affirmation de la majorité selon laquelle la préférence basée sur la citoyenneté ne confère qu'un avantage minimal au citoyen milite contre l'existence d'un lien rationnel. La majorité affirme qu'« il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique » et que « le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important » (par. 71), ce qui contredit l'idée que la préférence fondée sur la citoyenneté est l'une des causes de l'augmentation du taux de naturalisation. On peut encore moins soutenir que cette préférence a été « soigneusement conçu[e] » pour atteindre l'objectif d'inciter des non-citoyens à se faire naturaliser (*Oakes*, p. 139).

Pour ces motifs, nous concluons qu'il n'y a pas de lien rationnel entre l'al. 16(4)c) de la *LEFP* et l'objectif d'inciter les non-citoyens à se faire naturaliser.

Enfin, nous ajouterions : le fait que l'exigence de la citoyenneté pour l'emploi dans la fonction publique est une « pratique internationale répandue » (par. 59) n'est ni pertinent ni l'indice qu'un lien rationnel existe en l'espèce. Aucune preuve n'indique que d'autres pays imposant des restrictions basées sur la citoyenneté à l'emploi dans la fonction publique partagent le même objectif que le Parlement en l'espèce. En fait, le gouvernement a lui-même fait valoir en première instance que la situation et les politiques d'immigration de la plupart des pays démocratiques qui accordent une préférence à leurs citoyens pour l'emploi dans la fonction publique sont différentes, et qu'ils fondent donc les exigences liées à la citoyenneté sur des objectifs législatifs différents. Par exemple, d'après le dossier des intimées, l'exigence de la citoyenneté en Allemagne est liée à des considérations de loyauté et d'engagement : [TRADUCTION] « L'obligation fondamentale du fonctionnaire découle des notions de service et de loyauté ». De plus, le gouvernement soutient qu'en Nouvelle-Zélande, la restriction fondée sur la citoyenneté s'appliquant aux postes

17

18

19

(*Lavoie v. Canada*, [1995] 2 F.C. 623 (T.D.), at pp. 670-71). While we take no position on why other countries impose citizenship-based restrictions, we do not believe the practice of these countries can form the basis of our decision without at least some evidence that they share similar objectives as Parliament. In arriving at this conclusion, we place no restrictions on Parliament's ability to impose citizenship-based restrictions on certain Public Service jobs (such as positions that relate to a political function or national security) as legitimate qualifications of employment.

20 Since both of the stated objectives fail the rational connection component of the test set out in *Oakes*, the infringement of s. 15(1) of the *Charter* cannot be justified under s. 1. We would allow the appeal with costs throughout and declare s. 16(4)(c) of the *PSEA* to be of no force and effect.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

21 BASTARACHE J. — Canadian citizens receive preferential treatment in federal Public Service employment by virtue of s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 (“*PSEA*”). The appellants, foreign nationals who sought employment in the Public Service without having obtained Canadian citizenship, challenge this provision as a violation of their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They claim the preference withholds a benefit from them that is enjoyed by Canadian citizens and, in so doing, undermines their essential human dignity. In addition, they claim such treatment cannot be justified as a reasonable limit on equality under s. 1 of the *Charter*. For the reasons that follow, I conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter* but can be justified as a reasonable limit on equality under s. 1.

liés à la sécurité nationale « vise un objectif législatif plus étroit qui ne permettrait pas d’atteindre les objectifs plus larges en matière de citoyenneté visés par le législateur canadien » (*Lavoie c. Canada*, [1995] 2 C.F. 623 (1^{re} inst.), p. 671). Sans nous prononcer sur les raisons qu’ont d’autres pays d’appliquer des restrictions fondées sur la citoyenneté, nous ne pensons pas pouvoir fonder notre décision sur leurs pratiques sans avoir quelque preuve que leurs objectifs sont similaires à ceux du Parlement. En arrivant à cette conclusion, nous ne limitons pas le pouvoir du Parlement d’imposer des restrictions de citoyenneté à l’accès à certains emplois de la fonction publique (comme ceux qui sont liés à une fonction politique ou à la sécurité nationale) au titre de qualifications professionnelles légitimes.

Puisque les deux objectifs allégués ne satisfont pas à l’exigence du lien rationnel selon *Oakes*, la violation du par. 15(1) de la *Charte* ne peut être justifiée en vertu de l’article premier. Nous sommes d’avis d’accueillir l’appel avec dépens dans toutes les cours et de déclarer inopérant l’al. 16(4)c) de la *LEFP*.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — L’alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« *LEFP* »), confère aux citoyens canadiens un traitement préférentiel dans l’emploi dans la fonction publique fédérale. Les appelantes sont des ressortissantes étrangères qui ont postulé à des emplois dans la fonction publique sans avoir obtenu au préalable la citoyenneté canadienne. Elles contestent cette disposition comme violation de leurs droits à l’égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elles prétendent que la préférence les prive d’un avantage dont jouissent les citoyens canadiens et porte ainsi atteinte à leur dignité humaine essentielle. De plus, elles soutiennent que ce traitement n’est pas une limite raisonnable justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* viole le par. 15(1) de la *Charte*, mais se justifie selon l’article premier comme restriction raisonnable aux droits à l’égalité.

I. Factual Background

Canadian citizens have enjoyed privileged access to the federal Public Service ever since the enactment of amendments to the *Civil Service Act*, R.S.C. 1906, c. 16; see *The Civil Service Amendment Act, 1908*, S.C. 1908, c. 15. The amended Act replaced a process of patronage appointment with the principle of open competition to the Civil Service; it originally applied only to the Ottawa region, but was extended country-wide in 1918 (*The Civil Service Act, 1918*, S.C. 1918, c. 12, s. 38). The original version of the present citizenship preference was inscribed in s. 14 of the 1908 Act, which provided: “No person shall be admitted to [the Civil Service] unless he is a natural-born or naturalized British subject, and has been a resident of Canada for at least three years”. This provision made citizenship a prerequisite for Civil Service employment, not a preference; under the 1918 Act, it could only be waived by Order-in-Council (s. 41(1)). In 1961, the requirement of citizenship was changed to a preference for Canadian citizens in consideration for open competition; see *Civil Service Act*, S.C. 1960-61, c. 57, s. 40(1)(c). The 1961 Act also accorded preference to veterans and widows of veterans (s. 40(1)(a) and (b)). All three preferences continue to this day, despite a complete revision to the legislative scheme in 1967, at which time the *Civil Service Act* was repealed and the *Public Service Employment Act*, S.C. 1966-67, c. 71, was enacted in its place. The 1967 Act also established the Public Service Commission (“PSC” or “Commission”), which took on a modified role of its predecessor, the Civil Service Commission. No relevant amendments have taken place since that time.

Today, the appointment of qualified persons to the Public Service is the exclusive responsibility of the PSC. By authority of the *PSEA*, the Commission makes appointments in all government departments and agencies that do not have separate staffing authority under specific legislation; see *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, Part I of Schedule I. Staffing takes place either by

I. Les faits

Les citoyens canadiens bénéficient d'un accès privilégié à la fonction publique fédérale depuis la modification de la *Loi du service civil*, S.R.C. 1906, ch. 16, par la *Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil*, S.C. 1908, ch. 15. La loi modificative remplaçait un système de nomination partisane par le principe de la nomination par voie de concours public. Elle ne s'appliquait initialement qu'à la région d'Ottawa, mais dès 1918, s'est appliquée à l'ensemble du pays (*Loi du Service civil, 1918*, S.C. 1918, ch. 12, art. 38). La version initiale de la préférence actuelle fondée sur la citoyenneté figurait à l'art. 14 de la loi de 1908 : « Personne n'est admis [au service civil] s'il n'est sujet britannique de naissance ou par naturalisation, et n'a habité le Canada au moins trois ans ». Cette disposition faisait de la citoyenneté une condition préalable à l'emploi dans la fonction publique, et non un élément de préférence; selon la loi de 1918, cette exigence ne pouvait être écartée que par décret : par. 41(1). En 1961, l'exigence de la citoyenneté a été remplacée par la préférence donnée aux citoyens canadiens dans les concours publics : *Loi sur le service civil*, S.C. 1960-61, ch. 57, al. 40(1)c). La loi de 1961 accordait également la préférence aux anciens combattants et aux veuves d'anciens combattants : al. 40(1)a) et b). Ces trois préférences continuent de s'appliquer aujourd'hui malgré la révision en profondeur de la législation sur la fonction publique en 1967, quand la *Loi sur le service civil* a été abrogée et remplacée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, ch. 71. La loi de 1967 créait aussi la Commission de la Fonction publique (« CFP » ou « Commission ») qui reprenait, avec quelques modifications, le rôle de son prédécesseur la Commission du service civil. Aucune modification pertinente n'est intervenue depuis.

De nos jours, les nominations dans la fonction publique relèvent strictement de la CFP. En vertu de la *LEFP*, la Commission effectue les nominations dans tous les ministères et les organismes du gouvernement qui n'ont pas de pouvoir de dotation distinct; voir *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, partie I de l'annexe I. La dotation a lieu soit par concours

open or closed competition, the difference being that closed competitions are restricted to existing employees of the Public Service. Open competitions generally involve three stages: the inventory stage, in which persons submit applications to the Commission for general consideration; the referral stage, in which the Commission responds to departmental staffing requests by referring qualified applicants to the requesting department; and the selection stage, in which the requesting department prepares an eligibility list from the list of qualified referrals and, assuming the competition is not cancelled, chooses from the eligibility list.

24

The citizenship preference at issue in this appeal occurs at the referral stage of open competitions. This means that non-citizens are eligible (and indeed encouraged) to submit their resumes to the Commission for consideration, and that, for the sake of this appeal, non-citizens who are referred by the Commission face no disadvantage compared to citizens. It also means that non-citizens enjoy the same privileges as citizens with respect to closed competitions; these are the principal means by which the Public Service fills its staffing needs. Finally, the citizenship preference is just that: a preference. Non-citizens are routinely referred to open competition where, in the opinion of the Regional PSC Director, there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position; see PSC, *Personnel Management Manual* (1985), ss. 5.1(2) and 5.4(3). Given the demand for Public Service employment among the citizenry, such referrals are rare in proportion to the overall number. While no statistics are kept on the number of non-citizens referred to open competition, the Regional Director of the National Capital Region of the PSC, Mr. Peter Stewart, recalled approximately “a dozen” such referrals in a one-year period. This represented less than 2 percent of the total number of referrals that year, although it is not known what percentage of the referred candidates were successful.

25

The appellants are all foreign nationals who, in one way or another, were disadvantaged by the application of s. 16(4)(c). Janine Bailey is a Dutch

public, soit par concours interne, ce dernier n'étant ouvert qu'aux employés de la fonction publique. Le concours public comporte généralement trois étapes : l'établissement d'un répertoire (les candidats soumettent une demande à l'examen général de la Commission), la présentation (la Commission donne suite à la demande de dotation d'un ministère en lui présentant des candidats qualifiés) et la sélection (le ministère dresse une liste d'admissibilité à partir de la liste des candidats qualifiés présentés et, si le concours n'est pas annulé, fait son choix à partir de la liste d'admissibilité).

La préférence fondée sur la citoyenneté en cause ici intervient à l'étape de la présentation dans le cadre d'un concours public. Cela signifie que les non-citoyens sont autorisés, et même encouragés, à soumettre leur curriculum vitae à la Commission et, pour les besoins du pourvoi, que les non-citoyens présentés par la Commission ne sont pas défavorisés par rapport aux citoyens. En outre, les non-citoyens ont les mêmes privilèges que les citoyens dans les concours internes, qui sont le principal moyen de dotation en personnel dans la fonction publique. Enfin, la préférence fondée sur la citoyenneté n'est qu'une préférence. Il est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque le directeur régional de la CFP estime que le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant : voir CFP, *Manuel de gestion du personnel* (1985), par. 5.1(2) et 5.4(3). Vu le nombre élevé de demandes d'emploi faites à la fonction publique par des citoyens, les présentations de non-citoyens sont relativement rares par rapport au total général. Il n'y a pas de statistiques sur le nombre de non-citoyens présentés dans les concours publics, mais le directeur régional de la CFP de la région de la Capitale nationale, M. Peter Stewart, se souvient d'environ « une douzaine » de présentations de ce type pour une année. Cela représente moins de 2 p. 100 du nombre total de présentations de l'année en question, mais on ne connaît pas le pourcentage des candidats présentés qui ont été retenus.

Les appelantes sont toutes des ressortissantes étrangères que l'application de l'al. 16(4)c) a défavorisées d'une manière ou d'une autre. Janine

citizen and a citizen of the European Union (“EU”); she moved to Canada with her husband in 1986 and was admitted as a permanent resident. Although eligible to apply for Canadian citizen in 1989, Bailey chose not to do so because it would have meant relinquishing her Dutch citizenship. She testified that she had emotional ties to the Netherlands and may one day have to return to take care of family members. Despite her foreign citizenship, Bailey was appointed by open competition to a three-month term position as a shift clerk with the Canada Employment and Immigration Commission. This employment was extended through a succession of term appointments, during which time she repeatedly sought promotion through open and closed competition. In the closed competitions, she was screened out at least three times for lack of relevant experience and/or knowledge; a fourth time she successfully obtained a position as an Immigration Examining Officer (PM-01). She also had mixed success in open competition. In one case, she was screened out of a PM-02 competition to which 144 Canadians were referred; in another, she was screened out of a PM-03 position to which 40 Canadians were referred. Both times she registered a complaint with the PSC, which ruled its discretion had been properly exercised under s. 16(4)(c). Eventually, Bailey was referred by open competition to a PM-03 competition but failed to meet the department’s rated requirements. As of trial, she remained at the PM-01 classification.

Elisabeth Lavoie is an Austrian citizen and a citizen of the EU; like Bailey, she moved to Canada with her husband and was admitted as a permanent resident. Lavoie also declined to apply for Canadian citizenship because she feared it would jeopardize her Austrian and EU citizenship. She testified she would become “a foreigner in [her] own country” and would have limited work opportunities. Unlike Bailey, Lavoie never obtained Public Service employment by open competition; rather, she obtained a short-term contract with the Department

Bailey est citoyenne des Pays-Bas et de l’Union européenne; elle est arrivée au Canada avec son mari en 1986 et a obtenu le droit d’établissement. En 1989, elle était autorisée à demander la citoyenneté canadienne mais ne l’a pas fait parce qu’il lui aurait fallu renoncer à la nationalité néerlandaise. Selon son témoignage, elle demeurait émotivement liée aux Pays-Bas et pouvait être appelée un jour à y retourner pour prendre soin de membres de sa famille. Malgré sa nationalité étrangère, M^{me} Bailey a été nommée, par concours public, pour une durée de 3 mois, à un poste de commis de quart à la Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada. La durée de cet emploi a été prolongée par une succession de nominations pour des périodes déterminées pendant lesquelles elle a tenté, à maintes reprises, d’obtenir une promotion par concours publics ou internes. Dans les concours internes, elle a été éliminée à la présélection au moins trois fois pour manque d’expérience ou de connaissances pertinentes; à la quatrième tentative, elle a obtenu un poste d’agent examinateur de l’immigration (PM-01). Elle a aussi obtenu des résultats mitigés dans les concours publics. Dans un cas, elle a été éliminée à la présélection pour un poste PM-02, pour lequel 144 Canadiens étaient présentés; une autre fois, sa candidature a été écartée pour un poste PM-03, pour lequel 40 Canadiens étaient présentés. Dans les deux cas, elle a porté plainte à la CFP, qui a décidé que son pouvoir discrétionnaire avait été convenablement exercé en application de l’al. 16(4)c). Ultérieurement, M^{me} Bailey a été présentée par voie de concours public pour un poste PM-03, mais n’a pu satisfaire aux exigences cotées du ministère. Au moment de l’audience de première instance, elle occupait toujours un poste PM-01.

Elisabeth Lavoie est citoyenne de l’Autriche et de l’Union européenne; comme M^{me} Bailey, elle est arrivée au Canada avec son mari et a obtenu le droit d’établissement. Elle a aussi choisi de ne pas demander la citoyenneté canadienne, parce qu’elle craignait de perdre la citoyenneté autrichienne et européenne. Elle a témoigné qu’elle serait devenue « une étrangère dans son propre pays » et qu’elle aurait eu moins de possibilités d’emploi. Contrairement à M^{me} Bailey, M^{me} Lavoie n’a jamais obtenu d’emploi dans la fonction

of Supply and Services (“DSS”) through a personnel agency, Harrington Temporary Services. This contract lasted for 22 weeks, during which time Lavoie applied to fill the position permanently. DSS even submitted a “named referral request” to the PSC on her behalf, formally requesting she be referred as a candidate for the position. To everyone’s “shock”, the named referral request was refused. The PSC used its s. 16(4)(c) discretion to refer a Canadian citizen, who was appointed on a term basis the following month. Lavoie’s contract was thereby terminated, and she sought employment in the provincial Public Service and the private sector. The following year, the term appointment was not renewed and the position was declared redundant.

publique par concours public mais, par l’entremise d’une agence de placement, Harrington Temporary Services, elle a obtenu un contrat à court terme au ministère des Approvisionnements et Services (« MAS »). L’emploi a duré 22 semaines et, pendant cette période, M^{me} Lavoie a demandé sa titularisation dans le poste. Le MAS a même transmis à la CFP, au nom de M^{me} Lavoie, une « demande de présentation de candidat nommément désigné » et a demandé officiellement que M^{me} Lavoie soit présentée comme candidate pour le poste. À la « stupeur » générale, la demande a été rejetée. La CFP s’est prévalu du pouvoir discrétionnaire conféré à l’al. 16(4)c) pour présenter un citoyen canadien, qui a été nommé pour une période déterminée le mois suivant. Après la résiliation de son contrat, M^{me} Lavoie a cherché un emploi dans la fonction publique provinciale et dans le secteur privé. L’année suivante, la nomination pour une période déterminée n’a pas été prolongée et le poste a été déclaré superflu.

27

Jeanne To-Thanh-Hien is a French citizen born in Vietnam; she moved to Ottawa in 1987 at the suggestion of her sister, a translator for the federal government. Unlike Bailey and Lavoie, To-Thanh-Hien obtained Canadian citizenship in 1991 and did not have to relinquish her foreign citizenship to do so. Before arriving in Canada, To-Thanh-Hien applied for employment as a French-language editor and was referred to the PSC’s Employment Services for Visible Minorities Program. The Program informed her that all possible efforts would be made to find her a job, but they did not mention the existence of a citizenship preference. After applying to several government agencies, To-Thanh-Hien was informed that the Program could not do anything for her until she became a Canadian citizen. She did, however, manage to obtain temporary work with several government departments, notably Agriculture Canada, both on her own and through a personnel agency. In the spring of 1988, To-Thanh-Hien applied unsuccessfully for two open competitions; in one of them, she felt encouraged to apply but was eventually told her citizenship precluded referral. Eventually, she was appointed in an open competition to a secretarial position, something for which she felt over-qualified. She was again successful in an open competition in 1993, by which time she had obtained

Née au Vietnam, Jeanne To-Thanh-Hien est citoyenne française. Sur la recommandation de sa sœur, traductrice dans l’administration fédérale, elle s’est établie à Ottawa en 1987. Contrairement à M^{mes} Bailey et Lavoie, M^{me} To-Thanh-Hien a obtenu la citoyenneté canadienne en 1991 et n’a pas eu à renoncer à sa nationalité étrangère pour le faire. Avant d’arriver au Canada, M^{me} To-Thanh-Hien avait demandé un emploi à titre de rédactrice de langue française et avait été dirigée vers le Programme de services d’emploi pour les minorités visibles de la CFP. On lui a dit que tous les efforts possibles seraient faits pour lui trouver un emploi, mais en omettant de mentionner la préférence fondée sur la citoyenneté. Après avoir offert ses services à plusieurs organismes gouvernementaux, M^{me} To-Thanh-Hien a appris qu’on ne pouvait rien pour elle dans le cadre du Programme tant qu’elle n’aurait pas obtenu la citoyenneté canadienne. Elle a tout de même trouvé des emplois temporaires dans certains ministères, dont Agriculture Canada, de son propre chef et par l’entremise d’une agence de placement. Au printemps 1988, M^{me} To-Thanh-Hien a présenté sa candidature à deux concours publics, mais sans succès; on avait semblé encourager sa candidature à l’un d’eux, mais elle a appris que sa citoyenneté faisait obstacle à la présentation.

Canadian citizenship, and held a term position with the Department of Human Resources until 1994. As of trial, To-Thanh-Hien was a project coordinator for the Employment Equity Branch of Human Resources Development Canada.

In all three cases, the appellants sought declaratory relief and damages on constitutional grounds due to the application of s. 16(4)(c) of the *PSEA*, arguing it breached s. 15(1) of the *Charter*. In the Federal Court, Trial Division, Wetston J. allowed the s. 15(1) claim, but held that the legislation could be justified under s. 1 of the *Charter*. He rejected less intrusive alternatives on the basis of administrative inconvenience and held, further, that Parliament was entitled to a margin of deference in balancing the state interest in enhancing citizenship against the non-citizen's interest in pursuing Public Service employment. Wetston J. did not have the benefit of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, when rendering his s. 15(1) judgment. On appeal, Marceau J.A. dismissed the s. 15(1) claim on the grounds that citizenship was not a suspect marker of discrimination in the context of federal laws defining the rights and privileges of citizenship. Desjardins J.A. concurred in the result, but for essentially the same reasons as the trial judge: that the law violated s. 15(1) but was justified under s. 1 of the *Charter*. Both Marceau and Desjardins J.A. applied *Law, supra*, to the s. 15(1) analysis. Linden J.A. dissented, holding that the law violated s. 15(1) and failed both the minimum impairment and final balancing stages of s. 1. The appellants were granted leave to appeal to this Court on May 25, 2000, [2000] 1 S.C.R. xiv.

Ultérieurement, elle a été nommée par concours public à un poste de secrétaire pour lequel elle s'estimait surqualifiée. Après avoir obtenu la citoyenneté canadienne, elle a réussi à un autre concours public en 1993 puis a occupé un poste d'une durée déterminée au ministère des Ressources humaines jusqu'en 1994. Au moment de l'audience de première instance, M^{me} To-Thanh-Hien était coordonnatrice de projet à la Direction générale de l'équité en matière d'emploi du ministère des Ressources humaines.

Les trois appelantes demandent un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts, sur des moyens d'inconstitutionnalité liés à l'application de l'al. 16(4)c) de la *LEFP*, faisant valoir que cette disposition porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Wetston, de la Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit au moyen fondé sur le par. 15(1), mais a jugé que la disposition pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a rejeté d'autres options moins attentatoires, pour des raisons de difficultés administratives, et a jugé que par ailleurs le Parlement avait droit à une certaine latitude dans le choix d'un compromis entre l'intérêt de l'État à promouvoir la citoyenneté et l'intérêt des non-citoyens dans l'obtention d'un emploi dans la fonction publique. Le jugement du juge Wetston sur l'allégation de violation du par. 15(1) précède l'arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. En appel, le juge Marceau a rejeté le moyen fondé sur le par. 15(1) pour le motif que la citoyenneté n'était pas un indicateur de motifs suspects de discrimination dans le contexte des lois fédérales définissant les droits et les privilèges attachés à la citoyenneté. Le juge Desjardins a souscrit au dispositif, mais essentiellement pour les mêmes raisons que le juge de première instance, savoir que la loi portait atteinte au par. 15(1), mais était justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Les juges Marceau et Desjardins ont appliqué l'arrêt *Law* à l'analyse portant sur le par. 15(1). En dissidence, le juge Linden a conclu que la loi portait atteinte au par. 15(1) et devait échouer aux deux étapes de l'atteinte minimale et de la pondération finale dans l'analyse de l'article premier. Le 25 mai 2000, les appelantes ont obtenu l'autorisation d'appel devant notre Cour, [2000] 1 R.C.S. xiv.

II. Relevant Statutory Provisions

29 *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33

16. . . .

(4) Where, in the case of an open competition, the Commission is of the opinion that there are sufficient qualified applicants who are

. . . .

(c) persons who are Canadian citizens who do not come within paragraph (a) or (b),

to enable the Commission to establish an eligibility list in accordance with this Act, the Commission may confine its selection of qualified candidates under subsection (1) to the applicants who come within paragraph (a), paragraphs (a) and (b) or paragraphs (a), (b), and (c).

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

. . . .

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

III. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division*, [1995] 2 F.C. 623

30 As noted above, Wetston J. did not have the benefit of *Law, supra*, when rendering his s. 15(1) judgment. At the time, the controlling authority on s. 15(1) was *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which set forth three criteria for a violation of equality rights: (1) the existence of a legislative distinction based on

II. Les dispositions législatives applicables

Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33

16. . . .

(4) Dans le cadre d'un concours public et en vue de l'établissement, conformément à la présente loi, d'une liste d'admissibilité, la Commission apprécie s'il y a suffisamment de postulants qualifiés qui sont :

. . . .

c) des citoyens canadiens autres que ceux visés par les alinéas a) ou b).

Elle peut, lorsqu'elle estime leur nombre suffisant, limiter la sélection prévue au paragraphe (1) soit aux postulants mentionnés à l'alinéa a), soit à ceux mentionnés aux alinéas a) et b), soit à ceux mentionnés aux alinéas a), b) et c).

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . . .

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1995] 2 C.F. 623

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge Wetston ne bénéficiait pas de l'arrêt *Law*, précité, pour rendre son jugement relatif au par. 15(1). L'arrêt faisant alors autorité était *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qui énonce trois critères de l'atteinte aux droits à l'égalité : (1) une distinction établie par la loi sur le fondement

a personal characteristic; (2) the distinction being based on an enumerated or analogous ground; and (3) the existence of discrimination in the substantive sense through the imposition of a burden or denial of a benefit. The trial judge noted that s. 16(4)(c) created a distinction on its face, and that the distinction was based on the prohibited ground of “citizenship”: see *Andrews, supra*, at p. 183. He then considered the respondents’ argument that while citizenship could not be used as a proxy for merit in provincial laws governing the professions, it constituted an acceptable ground of discrimination in the context of federal laws defining the rights and privileges of citizenship. After canvassing American authority on this subject (which generally allows citizenship preference in the context of the federal Public Service, but scrutinizes it more strictly at the state level), he concluded that Canadian equality law would not countenance such a result. Rather, the relevant question in assessing substantive discrimination was whether the law imposes a burden or denies a benefit based on a prohibited ground; in his view, s. 16(4)(c) did so.

At the s. 1 stage, Wetston J. reviewed the legislative history of the provision and concluded it stemmed from two objectives: to enhance the meaning, value and importance of citizenship in the context of federal Public Service employment and, as part of this, to provide an incentive for non-citizens to naturalize. He went on to hold that the objectives were pressing and substantial in so far as “[a] nation-state clearly has the right, as part of its domestic law, to determine who is a citizen and what rights and obligations may flow from that status” (p. 658; citing *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at pp. 918-19). Moreover, Wetston J. relied on the evidence of Peter H. Schuck, an American citizenship expert, for the proposition that citizenship serves important political, emotional and motivational purposes. He rejected the appellants’ argument that concrete evidence of increased naturalization rates was required in order to establish the naturalization objective as pressing and substantial.

d’une caractéristique personnelle, (2) une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et (3) une discrimination réelle découlant de l’imposition d’un fardeau ou du refus d’un avantage. Le juge de première instance note que l’al. 16(4)c) crée à première vue une distinction et que la distinction est fondée sur le motif prohibé de la « citoyenneté » : voir *Andrews*, p. 183. Il examine ensuite l’argument des intimées selon lequel même si la citoyenneté ne peut se substituer au mérite dans les lois provinciales régissant les professions, il s’agit d’un motif acceptable de discrimination dans le contexte des lois fédérales définissant les droits et les privilèges de la citoyenneté. Après avoir fait état du droit américain en la matière (qui autorise généralement la préférence fondée sur la citoyenneté dans le contexte de la fonction publique fédérale, mais la soumet à un examen plus rigoureux au palier des États), il conclut que le droit canadien en matière d’égalité n’autorise pas un tel résultat. Il faut plutôt se demander, pour déterminer s’il y a discrimination réelle, si la loi impose un fardeau ou refuse un avantage sur le fondement d’un motif non pertinent; selon le juge Wetston, c’est le cas de l’al. 16(4)c).

À l’étape de l’article premier, le juge Wetston conclut, après examen de son historique législatif, que la disposition a deux objectifs : rehausser la signification, la valeur et l’importance de la citoyenneté dans le contexte de l’emploi dans la fonction publique fédérale et, dans ce cadre, inciter les non-citoyens à se faire naturaliser. Il ajoute que ces objectifs sont urgents et réels dans la mesure où « [i]l est certainement loisible à un État-nation, dans le cadre de son droit interne, de déterminer qui sont ses citoyens et quels droits et obligations peuvent découler de ce statut » (p. 658; citant *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, p. 918-919). Le juge Wetston s’appuie en outre sur le témoignage d’un expert américain de la citoyenneté, Peter H. Schuck, pour dire que la citoyenneté sert à atteindre des objectifs importants d’ordre politique, émotif et incitatif. Il rejette l’argument des appelantes qu’une preuve tangible de l’augmentation du taux de naturalisation est requise pour établir que l’objectif de la naturalisation est une préoccupation urgente et réelle.

32

With respect to proportionality, the trial judge first held, at p. 664, that “in light of international practice alone, Parliament had a reasonable basis for assuming that the means chosen would achieve the desired ends”. This brought him to the minimum impairment test, in which he canvassed four alternatives to the current citizenship preference. The first, an all-out ban on the preference, was rejected on the grounds that Parliament need not adopt “the absolutely least intrusive means of achieving its objective” (p. 667). The others — a preference for jobs serving a “political function” only (the American state and European models), an exception for permanent residents who seek naturalization as soon as possible (the Australian model), and a preference for jobs affecting “national security” only (the New Zealand model) — were all rejected on the grounds that, in cases requiring a balance of competing interests, it was not the court’s role to second-guess Parliament’s conclusions. Finally, the trial judge held that any burden inflicted on non-citizens by the preference was not of a serious enough nature to outweigh the salutary effects of the legislation (p. 677).

B. Federal Court of Appeal, [2000] 1 F.C. 3

33

On appeal, Marceau J.A. agreed with the respondents that, in contrast to provincial laws such as those impugned in *Andrews*, qualifications imposed by Parliament with respect to the status of landed immigrants could not be criticized under s. 15(1). The reason for this is that in the latter context, there is not sufficient similarity between citizens and non-citizens to give rise to a discrimination claim; the latter have such a special status that “[t]o try to apply equality rights between citizens and non-citizens . . . [would] negate or abolish the concept of citizenship altogether” (para. 11). In the alternative, Marceau J.A. held that a preference for citizens in Public Service employment was “relevant” to the aims of the *PSEA* and, on that basis, acceptable under s. 15(1). In his view, the relevancy test helped answer the question whether the impugned

Sur la proportionnalité, le juge de première instance conclut tout d’abord que « ne serait-ce qu’à la lumière des pratiques internationales, le législateur avait raison de croire que les moyens choisis permettraient d’atteindre les objectifs souhaités » (p. 664). Il examine ensuite le critère de l’atteinte minimale, faisant alors état de quatre solutions de rechange possibles à la préférence actuelle fondée sur la citoyenneté. La première, la suppression pure et simple de la préférence, est écartée pour le motif que le législateur n’avait pas à adopter, « pour atteindre son objectif, le moyen qui soit le moins envahissant entre tous » (p. 667). Les autres options — le critère de la « fonction politique » (les modèles américain et européen), l’exception pour les résidents permanents qui se font naturaliser le plus tôt possible (le modèle australien) et l’application de la préférence pour les emplois liés à la « sécurité nationale » uniquement (le modèle néozélandais) — sont toutes rejetées pour le motif que, lorsqu’il faut trouver un compromis entre des intérêts opposés, il n’appartient pas aux tribunaux de déterminer si le législateur a tiré les bonnes conclusions. Enfin, le juge de première instance conclut que tout fardeau imposé aux non-citoyens par la préférence n’est pas suffisamment grave pour l’emporter sur les effets bénéfiques de la loi (p. 677).

B. Cour d’appel fédérale, [2000] 1 C.F. 3

En appel, le juge Marceau convient avec les intimées que, contrairement aux restrictions prévues dans des lois provinciales, comme dans l’arrêt *Andrews*, celles établies par le Parlement sur le statut des résidents permanents ne peuvent être critiquées sur le fondement du par. 15(1). La raison en est que, dans ce dernier cas, il n’y a pas entre citoyens et non-citoyens une similitude suffisante pour justifier une allégation de discrimination. Le statut du non-citoyen est si particulier que « [l]’idée de reconnaître aussi bien aux citoyens qu’aux non-citoyens des droits à l’égalité [. . .] me semble évacuer entièrement le concept de citoyenneté » (par. 11). À titre subsidiaire, le juge Marceau conclut que la préférence accordée aux citoyens en matière d’emploi dans la fonction publique est « pertinente » au regard des objectifs de la *LEFP* et ne porte donc

provision prejudicially affected the human dignity of the s. 15(1) claimant: see *Law, supra*. In any case, he concluded, at paras. 25-26, that “[t]he intent to enhance the value of citizenship does not denigrate the landed immigrant in a manner based upon a personal characteristic”, and that the law “cannot . . . be seen objectively as demeaning in any way the human dignity of the appellants or non-citizens generally”.

Both Desjardins J.A. (concurring) and Linden J.A. (dissenting) disagreed with this finding and found a s. 15(1) violation. The former agreed with Marceau J.A. that, unlike the legislation considered in *Andrews*, the citizenship preference in the *PSEA* was “another feature of the rights and privileges of Canadian citizens” (para. 58); however, she focused on the history of discrimination against aliens in Canada and concluded, at para. 64, that “the impugned legislation puts, in a serious disadvantageous position, members of a discrete and insular minority and affects them in their search for employment”. The latter provided a lengthy summary of *Law*, and had no difficulty finding that the law differentiated between two groups on the basis of an analogous ground. Focussing mainly on the third branch of *Law*, Linden J.A. based his finding of discrimination on four points: (1) the citizenship preference further discriminates against an already disadvantaged group; (2) denying people the chance to work is far more serious than refusing them some monetary benefit or procedural right; (3) derogating from the rights of non-citizens does little to enhance the rights of citizens, and (4) the provision makes no reference to the needs and capacities of the targeted group. At one point in this discussion, Linden J.A. stated, at para. 167, that “[b]eing told that your ‘kind’ is not permitted to apply for a job, seriously demeans the human dignity of the applicant”.

pas atteinte au par. 15(1). À son avis, le critère de la pertinence apporte un élément de réponse à la question de savoir si la disposition contestée porte atteinte à la dignité humaine du demandeur invoquant le par. 15(1) : *Law*, précité. Quoi qu’il en soit, il juge que « [l]a volonté de rehausser la valeur de la citoyenneté n’a nullement pour effet de rabaisser les immigrants reçus en fonction d’une caractéristique qui leur serait personnelle » et que l’on ne peut conclure que la « préférence porte objectivement atteinte à la dignité humaine des appelantes ou, plus généralement, à celle des non-citoyens » (par. 25-26).

Tant madame le juge Desjardins (motifs concourants) que le juge Linden (motifs dissidents) expriment leur désaccord avec cette conclusion et estiment qu’il y a atteinte au par. 15(1). La première convient avec le juge Marceau que, contrairement à la loi en cause dans *Andrews*, la préférence fondée sur la citoyenneté et prévue dans la *LEFP* n’est « qu’un des aspects des droits et privilèges reconnus aux citoyens canadiens » (par. 58). Toutefois, elle met l’accent sur l’historique de la discrimination contre les étrangers au Canada et conclut que « la disposition législative contestée désavantage sérieusement les membres d’une minorité discrète et isolée, et pèse sur leur recherche d’un emploi » (par. 64). Après avoir résumé les principes de l’arrêt *Law*, le juge Linden n’hésite pas à conclure que la loi établit une distinction entre deux groupes sur le fondement d’un motif analogue. S’appuyant principalement sur le troisième volet de l’analyse de l’arrêt *Law*, il conclut qu’il y a discrimination et ce, pour quatre raisons : (1) la préférence fondée sur la citoyenneté établit une discrimination supplémentaire à l’égard d’un groupe déjà défavorisé, (2) refuser à certaines personnes la possibilité d’obtenir un emploi est beaucoup plus grave que leur refuser un avantage financier ou un droit de nature procédurale, (3) porter atteinte aux droits des non-citoyens n’a pas vraiment pour effet de valoriser la citoyenneté et (4) la disposition ne mentionne ni les besoins ni les capacités du groupe visé. Plus loin, il ajoute : « [l]orsqu’on s’entend dire que les “gens comme vous” n’ont pas le droit de postuler un emploi, on éprouve une grave atteinte à sa dignité humaine » (par. 167).

35

At the s. 1 stage, Desjardins and Linden J.J.A. parted ways. The former essentially upheld the findings of the trial judge, although she paid less attention to the final balancing under s. 1. In her view, drawing the line with respect to citizenship preference in the Public Service was a “political consideration” (para. 99) which she was not prepared to disturb. Linden J.A., in dissent, held that the trial judge made a palpable and overriding error in not finding that the citizenship preference was also enacted to address concerns of commitment and loyalty which arise when non-citizens are hired to serve the Canadian public. In his view, this objective was apparent from a 1908 speech in the House of Commons and a 1985 discussion paper circulated by the Minister of Justice. Although he found such an objective was not pressing and substantial, he conceded that the two objectives identified by the trial judge “may warrant some compromise of equality rights” (para. 194). Linden J.A. proceeded to decide the case on minimum impairment grounds, finding no less than five ways in which Parliament could have achieved its objectives less intrusively. While conceding the legislation was “not as bad as it could be” (para. 208), Linden J.A. observed that Parliament has never turned its mind to the above alternatives other than an all-out ban on the preference and, for that reason, has not passed legislation which is “carefully tailored to minimize impairment of the Charter right” (para. 208). He would have reached this conclusion no matter what standard of deference was applied to the legislation. Finally, with respect to the final balancing test, Linden J.A. provided five reasons why the deleterious effects of the legislation outweighed its benefits: (1) the legislation excludes up to 600,000 people from nearly 250,000 jobs and, on an individual level, “halts individual growth and opportunity at self-attainment in order to ensure that cooks, deckhands and curators, and for that matter interpreters, prison guards and secretaries, are Canadian citizens” (para. 215); (2) the legislation undermines people’s legitimate reasons for maintaining a connection with their homeland, something Canada already recognizes by allowing dual citizenship; (3) any benefits in terms of commitment and loyalty to Canada are remnants of a bygone era; (4) there is no evidence that, as

C’est à l’étape de l’analyse selon l’article premier que madame le juge Desjardins et le juge Linden diffèrent d’opinions. La première confirme essentiellement les conclusions du juge de première instance, mais accorde moins d’importance à la pondération finale. Selon elle, la préférence accordée aux citoyens dans la fonction publique relève de « considérations d’ordre politique » (par. 99) qu’elle n’est pas disposée à remettre en question. Dans ses motifs dissidents, le juge Linden estime que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en omettant de conclure que la préférence fondée sur la citoyenneté a également été adoptée pour répondre à certaines craintes concernant l’engagement et la loyauté des non-citoyens employés dans la fonction publique du Canada. Selon lui, cet objectif ressort d’une allocution prononcée en 1908 devant la Chambre des communes et d’un document de travail publié par le ministre de la Justice en 1985. Même s’il estime que cet objectif n’était ni urgent ni réel, il reconnaît que les deux objectifs circonscrits par le juge de première instance « peuvent justifier que l’on porte quelque peu atteinte aux droits à l’égalité » (par. 194). Le juge Linden passe à l’atteinte minimale et trouve au moins cinq autres façons pour le législateur d’atteindre ses objectifs de manière moins attentatoire. Il reconnaît que la loi n’est « pas aussi préjudiciable qu’elle pourrait l’être » (par. 208), mais fait observer que le législateur n’a jamais envisagé les options possibles autres que la suppression totale de la préférence et que, pour ce motif, il n’a pas adopté un texte législatif « soigneusement conçu afin de porter le moins possible atteinte à un droit garanti par la Charte » (par. 208). Il serait arrivé à la même conclusion indépendamment du degré de retenue applicable à la loi. Enfin, en ce qui concerne la pondération finale, le juge Linden donne cinq motifs pour lesquels les effets néfastes de la loi l’emportent sur ses effets bénéfiques : (1) la loi exclut jusqu’à 600 000 personnes de près de 250 000 emplois et, sur le plan individuel, « freine le développement de l’individu et les possibilités de réalisation personnelle, pour faire en sorte que les cuisiniers, les matelots et les conservateurs de musée, voire les interprètes, les gardiens de prison et les secrétaires, soient tous citoyens canadiens » (par. 215); (2) le texte législatif ne tient pas compte

compared to the burdens of obtaining citizenship, the benefits of enhanced citizenship and increased naturalization actually accrued; and (5) one of the effects of the legislation is to undermine the merit principle underlying the statute as a whole.

IV. Issues

The following two constitutional questions were stated by the Chief Justice on October 31, 2000:

1. Does paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, on its own or in its effect, discriminate against persons on the basis of citizenship by providing a preference to Canadian citizens over non-citizens in open competitions in the federal public service, contrary to section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question one is yes, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Section 15(1)*

This Court has twice considered the relationship between citizenship and s. 15(1) of the *Charter*. The first time was *Andrews, supra*, which concerned a provincial law barring non-citizens from access to the legal profession; the law was struck down as a violation of s. 15(1) and was not saved under s. 1. The second time was *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, which, by contrast, involved a federal law authorizing the deportation of permanent residents convicted of serious criminal offences; as s.

des raisons parfaitement légitimes pour lesquelles certaines personnes peuvent vouloir conserver leurs liens avec leur pays d'origine, ce que le Canada reconnaît déjà en permettant la double citoyenneté; (3) les avantages que sont l'engagement et la loyauté envers le Canada sont les vestiges d'une époque révolue; (4) aucun élément de preuve n'établit que, comparativement aux contraintes liées à l'obtention de la citoyenneté, les avantages d'une citoyenneté valorisée et d'un taux plus élevé de naturalisation se font véritablement sentir; (5) un des effets de la loi est de miner le principe du mérite, qui est le fondement même de la loi considérée dans son ensemble.

IV. Questions en litige

Le Juge en chef a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes le 31 octobre 2000 :

1. L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, établit-il, en soi ou dans son application, une discrimination fondée sur la citoyenneté en accordant une préférence aux citoyens canadiens par rapport aux non-citoyens canadiens dans le cadre d'un concours public au sein de la fonction publique fédérale, en contravention du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette discrimination constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Le paragraphe 15(1)*

Notre Cour a considéré en deux occasions le lien entre la citoyenneté et le par. 15(1) de la *Charte*. La première, *Andrews*, précitée, portait sur une loi provinciale interdisant à un non-citoyen l'accès à la profession d'avocat; la disposition contestée a été annulée comme violation du par. 15(1) non justifiée en vertu de l'article premier. La deuxième, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à l'opposé, avait pour objet une loi fédérale autorisant l'expulsion d'un résident permanent reconnu

6 of the *Charter* specifically authorized differential treatment of non-citizens for immigration purposes, the law was held not to be discriminatory (p. 736). This case has much in common with both *Andrews* and *Chiarelli*. Like *Andrews*, it involves differential treatment in employment that is not explicitly authorized by the *Charter*; like *Chiarelli*, it involves a federal law that is part of a recognized package of privileges conferred on Canadian citizens. This combination of factors makes it difficult to decide whether, at the end of the day, the law conflicts with the purpose of s. 15(1) of the *Charter*. Based on this Court's recent s. 15(1) jurisprudence, I conclude that it does.

38

The integrated approach to s. 15(1) is set forth in *Law, supra*. In that case, Iacobucci J. summarized, at para. 88, the proper approach to s. 15(1) as follows:

... a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

(A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

coupable d'infractions criminelles graves; comme l'art. 6 de la *Charte* permettait expressément qu'un non-citoyen fasse l'objet d'un traitement différent pour l'immigration, la loi n'a pas été jugée discriminatoire (p. 736). La présente espèce a beaucoup de points communs avec les affaires *Andrews* et *Chiarelli*. Comme dans *Andrews*, nous sommes en présence d'une différence de traitement dans l'emploi que n'autorise pas expressément la *Charte*; comme dans *Chiarelli*, la disposition fédérale contestée fait partie d'un ensemble reconnu de privilèges accordés aux citoyens canadiens. Cette combinaison de facteurs fait qu'il est difficile de décider si, en fin de compte, la loi est incompatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte*. Vu la jurisprudence récente de notre Cour sur le par. 15(1), je conclus qu'elle l'est.

L'approche intégrée du par. 15(1) est énoncée dans l'arrêt *Law*, précité. Le juge Iacobucci la résume au par. 88 :

... le tribunal ayant à se prononcer sur une allévation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

(A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

The third of these inquiries is perhaps the most challenging; it is to be assessed from the perspective of the claimant, having regard to several “contextual factors”. The factors suggested in *Law*, while not exhaustive, are (1) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability, (2) correspondence between the ground claimed and the actual needs, capacity or circumstances of the claimant or others, (3) any ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group, and (4) the nature and scope of the interest affected by the impugned law. Essential to any s. 15(1) claim is a conflict between the effect of the impugned legislation and the purpose of s. 15(1); the latter is defined as “to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration” (*Law*, at para. 51).

At first blush, the first two broad inquiries raise little controversy in this appeal: the impugned law draws a clear distinction between citizens and non-citizens, and the latter constitutes an analogous ground of discrimination under s. 15(1): see *Andrews, supra*, at p. 183. Nevertheless, the respondents argue that the whole point of federal citizenship legislation is to treat citizens and non-citizens differently, and therefore that the two groups cannot validly be compared for s. 15(1) purposes. As they put it, “[b]y universal definition and by constitutional fiat, . . . citizens and non-citizens are unequal in status. To treat them equally would be to negate or abolish the concept of citizenship”. This argument is animated by the following passage from *Law, supra*, at paras. 56-57:

Locating the appropriate comparator is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis.

La troisième question est peut-être la plus difficile; elle doit être examinée du point de vue du demandeur en fonction de plusieurs « facteurs contextuels ». Sans être exhaustifs, les facteurs énoncés dans *Law* sont les suivants : (1) la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, (2) la correspondance entre le motif invoqué et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d’autres personnes, (3) l’objet ou l’effet d’amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisé et (4) la nature et l’étendue de l’intérêt touché par la loi contestée. Pour invoquer le par. 15(1) il est essentiel d’être en présence d’un conflit entre l’effet de la loi contestée et l’objet du par. 15(1), défini comme étant « d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération » (*Law*, par. 51).

À première vue, les deux premières grandes questions soulèvent peu de controverse dans le cadre du présent pourvoi : la loi contestée établit une distinction nette entre citoyens et non-citoyens, et la citoyenneté est un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1) : *Andrews*, précité, p. 183. Les intimées soutiennent néanmoins que la raison d’être de la législation fédérale sur la citoyenneté est de traiter différemment les citoyens et les non-citoyens, de sorte que les deux groupes ne peuvent légitimement être comparés pour les besoins du par. 15(1). Selon elles, [TRADUCTION] « [p]ar définition et par disposition de la Constitution, [. . .] citoyens et non-citoyens ont des statuts inégaux. Leur accorder un traitement égal reviendrait à contredire ou abolir la notion de citoyenneté ». Cet argument s’inspire de l’extrait suivant de *Law*, précité, par. 56-57 :

Il est nécessaire de trouver l’élément de comparaison approprié pour cerner la différence de traitement et les motifs de la distinction. Il y aura lieu de trouver l’élément de comparaison approprié au moment de l’examen des nombreux facteurs contextuels dans l’analyse de la discrimination.

To locate the appropriate comparator, we must consider a variety of factors, including the subject-matter of the legislation. The object of a s. 15(1) analysis is not to determine equality in the abstract; it is to determine whether the impugned legislation creates differential treatment between the claimant and others on the basis of enumerated or analogous grounds, which results in discrimination. Both the purpose and the effect of the legislation must be considered in determining the appropriate comparison group or groups. Other contextual factors may also be relevant. The biological, historical, and sociological similarities or dissimilarities may be relevant in establishing the relevant comparator in particular, and whether the legislation effects discrimination in a substantive sense more generally: see *Weatherall, supra*, at pp. 877-78. [Emphasis added.]

On the basis of this passage, the respondents concede that citizens and non-citizens may, in certain contexts, appropriately be compared for equality purposes. In their view, however, such a comparison is not appropriate in the case of “a citizenship defining law that draws a constitutionally permitted distinction between citizens and non-citizens”. In such a case, the s. 15(1) analysis would undermine the fundamental difference between citizens and non-citizens and invade Parliament’s exclusive jurisdiction over naturalization and aliens.

40

Whether citizens are an appropriate comparator in this case is, in my view, better dealt with as a contextual factor under the third branch of the *Law* analysis than as a bar to recognizing a legislative distinction. Although Iacobucci J. stressed the importance of identifying an appropriate comparator group, there is nothing in *Law* to indicate that the first inquiry is anything but a threshold test. On the contrary, the precise inquiry at the first stage is whether the law draws a formal distinction “between the claimant and others” (para. 88 (emphasis added)). Not only is it normally the claimant’s prerogative to choose the appropriate comparator group, but the court is only to step in where “the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups” (para. 58 (emphasis added)). By contrast, the type of scrutiny

Pour déterminer quel est l’élément de comparaison approprié, toute une gamme de facteurs doit être prise en compte, notamment, l’objet des dispositions législatives. Une analyse relative au par. 15(1) n’a pas pour objet de juger de l’égalité dans l’abstrait. Son objet est plutôt de déterminer si les dispositions législatives contestées créent entre le demandeur et les autres, sur le fondement des motifs énumérés ou de motifs analogues, une différence de traitement qui entraîne de la discrimination. Il faut examiner à la fois l’objet et l’effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés. D’autres facteurs contextuels peuvent également être pertinents. Les ressemblances ou dissimilarités biologiques, historiques et sociologiques peuvent être pertinentes en particulier pour cerner l’élément de comparaison approprié et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination : voir *Weatherall*, précité, aux pp. 877 et 878. [Je souligne.]

S’appuyant sur cet extrait, les intimées reconnaissent que, dans certains contextes, on peut comparer citoyens et non-citoyens en matière d’égalité. Selon elles toutefois, cette comparaison n’est pas appropriée dans le cas d’une [TRADUCTION] « loi définissant la citoyenneté et établissant une distinction autorisée par la Constitution entre citoyens et non-citoyens ». Dans un tel cas, une analyse fondée sur le par. 15(1) éliminerait la différence fondamentale entre citoyens et non-citoyens et empiéterait sur la compétence exclusive du Parlement en matière de naturalisation et d’étrangers.

À mon sens, il vaut mieux considérer la question de savoir si les citoyens sont un groupe comparable approprié en l’espèce comme facteur contextuel du troisième volet de l’analyse selon *Law* que comme un obstacle à la reconnaissance d’une distinction établie par la loi. Même si le juge Iacobucci insiste sur l’importance de déterminer le groupe de comparaison approprié, rien n’indique dans *Law* que la première question soit autre chose qu’un critère préliminaire. Au contraire, la question précise à la première étape est de savoir si la loi établit une distinction formelle « entre le demandeur et d’autres personnes » (par. 88 (je souligne)). Non seulement il appartient habituellement au demandeur de choisir le groupe de comparaison approprié, mais le tribunal ne doit s’immiscer que lorsque « [l]a différence de traitement peut ne pas s’effectuer entre

proposed by the respondents — namely, to choose comparator groups based on jurisdictional considerations — finds no support either in *Law* or in any other s. 15(1) case. On the contrary, the very essence of an entrenched bill of rights such as the *Charter* is to analyse differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction. Professor Hogg makes this point as follows (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 52-2 and 52-3):

... the position before April 17, 1985, when s. 15 of the Charter of Rights came into force, was dictated by the doctrine of parliamentary sovereignty: generally speaking, the Parliament or a Legislature could discriminate as it pleased in enacting otherwise competent legislation. . . . Before the coming into force of s. 15, discrimination against aliens and naturalized subjects, and against Indians, was undoubtedly competent to the federal Parliament.

In my view, the respondents' argument promises a return to the days when federalism, not *Charter* principles, governed the constitutionality of citizenship laws: see R. J. Sharpe, "Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter", in W. Kaplan, ed., *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (1993), 221, at pp. 221-44. The modern approach is to scrutinize differential treatment according to entrenched rights and freedoms and, in the s. 15(1) context, the concept of essential human dignity and freedom. I am confident that such an approach would not "abolish the concept of citizenship" as stated by the respondents. Although the contextual factors weigh in favour of the appellants in this case, many federal alienage laws could, depending on the context, survive the third branch of the *Law* analysis. This is, of course, essentially what happened in *Law* itself.

The respondents' argument is similarly problematic at the second stage, which asks only whether the

les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes » (par. 58 (je souligne)). À l'opposé, le genre d'analyse préconisée par les intimées — le choix de groupes de comparaison selon des considérations de compétence — ne s'appuie ni sur *Law* ni sur aucun autre arrêt relatif au par. 15(1). Au contraire, l'essence même d'une déclaration constitutionnalisée des droits comme la *Charte* est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l'égalité, et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux. Voici ce que dit le professeur Hogg (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 52-2 et 52-3) :

[TRADUCTION] . . . la situation antérieure au 17 avril 1985, avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la Charte des droits, était dictée par le principe de la souveraineté du Parlement : de manière générale, le Parlement ou une assemblée législative pouvait à son gré établir une distinction en adoptant une loi par ailleurs valable. [. . .] Avant l'entrée en vigueur de l'art. 15, la discrimination envers les étrangers et les personnes naturalisées, ainsi que les Indiens, était indubitablement de la compétence du législateur fédéral.

J'estime que faire droit aux prétentions des intimées nous ramènerait à l'époque où les principes du fédéralisme, et non ceux de la *Charte*, régissaient la constitutionnalité des lois sur la citoyenneté : voir R. J. Sharpe, « Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter », dans W. Kaplan, dir., *Belonging : The Meaning and Future of Canadian Citizenship* (1993), 221, p. 221-244. L'approche actuelle est d'analyser la différence de traitement en fonction des droits et des libertés garantis par la Constitution et, dans le contexte du par. 15(1), de la notion de dignité et de liberté humaines essentielles. Je suis certain qu'une telle démarche n'aura pas pour effet « d'abolir la notion de citoyenneté » comme le prétendent les intimées. Bien que les facteurs contextuels militent en faveur des appelantes en l'espèce, bon nombre de lois fédérales traitant des étrangers pourraient, selon le contexte, résister au troisième volet de l'analyse selon *Law*. C'est d'ailleurs essentiellement ce qui est arrivé dans cette affaire.

Les prétentions des intimées posent également un problème à la deuxième étape, celle de savoir si le

claimant is “subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds”: see *Law, supra*, at para. 88. As citizenship was recognized as an analogous ground in *Andrews*, I can find no authority for qualifying this finding according to the context of a given case. The point of the analogous grounds, according to *Law* and subsequent cases, is that they are “suspect markers” of discrimination: the groups occupying them are vulnerable to having their interests overlooked no matter what the legislative context. Further, as the third inquiry in *Law* functions to constrain s. 15(1) claims to cases of genuine discrimination, such analysis should not be pre-empted at the second stage. This is especially so given this Court’s recent finding that once a ground is found to be analogous, it is permanently enrolled as analogous for other cases: see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8.

42

At the third stage of *Law*, the precise issue is whether the impugned law perpetuates the view that the claimants are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society: see *Law, supra*, at para. 99. Under this rubric, the respondents’ distinction between citizenship preference in the context of federal laws defining the rights and duties of Canadian citizens, as opposed to provincial laws using citizenship as a proxy for merit, becomes relevant. In the court below, Marceau J.A. articulated this point in two ways: (1) that s. 15(1) permits of differential treatment to the extent individuals are differently situated (paras. 10-12); and (2) that s. 15(1) permits distinctions that are relevant to the underlying legislative objective (paras. 22-26). In his view, either of these principles could provide a basis for guaranteeing equal protection to non-citizens in the context of laws having nothing to do with citizenship *per se* (as in *Andrews*), but not in the context of laws whose very *raison d’être* is the definition of citizenship (as in this case). In the latter case, it may be argued, first, that citizens and non-citizens are so differently situated that they do not merit equal treatment and, second, that citizenship is a relevant (and indeed

demandeur a fait « l’objet d’une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues » : *Law*, par. 88. Comme la Cour a reconnu dans *Andrews* que la citoyenneté est un motif analogue, rien ne me permet de restreindre la portée de cette conclusion selon les faits de l’espèce. La raison d’être des motifs analogues, suivant *Law* et la jurisprudence subséquente, est qu’ils sont des « indicateurs » de motifs suspects de discrimination : les groupes visés risquent que leurs intérêts ne soient pas pris en considération quel que soit le contexte législatif. En outre, comme la troisième étape selon *Law* a pour effet de restreindre les revendications fondées sur le par. 15(1) aux cas de discrimination réelle, cet examen ne devrait pas avoir lieu à la deuxième étape. Cela est d’autant plus vrai que la Cour a récemment statué qu’un motif reconnu comme motif analogue demeure un indicateur permanent de discrimination pour les affaires ultérieures : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8.

La troisième étape selon l’arrêt *Law* consiste précisément à déterminer si la loi contestée perpétue l’opinion que les demandeurs sont moins capables ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou membres de la société canadienne : *Law*, par. 99. C’est sous cet angle que devient pertinente la distinction que font les intimées entre la préférence fondée sur la citoyenneté dans une loi fédérale définissant les droits et les obligations des citoyens canadiens et dans une loi provinciale où la citoyenneté tient lieu de substitut du mérite. Le juge Marceau en Cour d’appel explique cela de deux manières : (1) le paragraphe 15(1) autorise un traitement différent lorsque les personnes se trouvent dans des situations différentes (par. 10-12) et (2) il autorise les distinctions qui sont pertinentes compte tenu de l’objectif de la disposition (par. 22-26). Selon lui, l’un ou l’autre de ces principes pourrait étayer la garantie d’une protection égale aux non-citoyens dans le contexte de lois n’ayant rien à voir en soi avec la citoyenneté (comme dans *Andrews*), mais pas dans le contexte de lois dont la raison d’être même est de définir la citoyenneté (comme en l’espèce). Dans le deuxième cas, on peut soute-

necessary) category on which unequal treatment is based. These arguments find apparent support in *Law, supra*, wherein Iacobucci J. stated the following, at paras. 70-71:

... it will be easier to establish discrimination to the extent that impugned legislation fails to take into account a claimant's actual situation, and more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant's needs, capacities, and circumstances.

Examples are prevalent in the jurisprudence of this Court of legislation or other state action which either failed to take into account the actual situation of a claimant, or alternatively quite properly treated a claimant differently on the basis of actual personal differences between individuals. [Emphasis added.]

This dictum is the only direct support I can find in *Law* for Marceau J.A.'s position. It appears as the second of four "contextual factors" in the *Law* analysis, labelled "Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances". At its broadest, this contextual factor explores the extent to which differential treatment may in fact be acceptable under s. 15(1): where there is a genuine "relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment" (*Law*, at para. 69), it may be acceptable to make certain legislative distinctions. This principle has traditionally functioned to uphold special treatment for groups distinguished by disability (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, and *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624), as well as gender (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219). The respondents imply that it should also function to permit differential treatment on the basis of citizenship. In their words:

nir d'abord que citoyens et non-citoyens sont dans des situations tellement différentes qu'ils n'ont pas droit à un traitement égal et ensuite que la citoyenneté est une catégorie pertinente (et en fait nécessaire) sur laquelle se fonde l'inégalité de traitement. L'extrait suivant des motifs du juge Iacobucci dans *Law*, aux par. 70-71, semble appuyer ces arguments :

... il sera plus facile d'établir la discrimination si les dispositions contestées omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur.

Les exemples sont courants dans la jurisprudence de notre Cour de lois ou autres mesures étatiques qui soit ont omis de prendre en compte la situation réelle d'un demandeur soit, subsidiairement, ont à juste titre traité un demandeur différemment en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. [Je souligne.]

Cette remarque incidente est le seul appui direct que je trouve dans *Law* pour la thèse du juge Marceau. Il s'agit du deuxième de quatre « facteurs contextuels » énoncés dans *Law*, savoir le « rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur ». Dans sa portée la plus étendue, ce facteur contextuel tient compte de la mesure dans laquelle la différence de traitement peut en fait être acceptable selon le par. 15(1) : lorsqu'il existe un véritable « rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement » (*Law*, par. 69), il peut être acceptable d'établir certaines distinctions par voie législative. Traditionnellement, ce principe a permis de maintenir le traitement particulier réservé à certains groupes se distinguant par une déficience (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624) ou par l'appartenance à l'un des deux sexes (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219). Les intimées laissent entendre que ce principe devrait également autoriser la différence de traitement fondée sur la citoyenneté. Elles disent ceci :

... it is the essence of the concept of citizenship that it confers certain rights and entitlements on citizens that are necessarily denied to non-citizens. Both constitutional and federal law prescribe these rights and entitlements. Consonant with historical and international practice, preferential access to Public Service employment is one of them. What the appellants inveigh as simply another entitlement-denying law operating against non-citizens is, in reality, an original and fundamental citizenship-defining provision that establishes a basic and universal attribute of the status of citizen.

43

Although s. 15(1) permits some differential treatment, the respondents' citizenship argument goes beyond what is contemplated by the second contextual factor in *Law*. In the past, this factor has meant that a disadvantaged class might deserve special accommodation on account of being differently situated; such as, for example, the right to sign-language interpreters for the hearing impaired in public hospitals (*Eldridge, supra*) or, conversely, that groups who are "more advantaged in a relative sense" may be denied benefits that correspond with the "different circumstances experienced by the more disadvantaged group being targeted by the legislation" (*Law, supra*, at para. 103). What matters, in my view, is that the law or government action take into account the particular situation of those affected, including any relative advantage or disadvantage. This is the requirement of the contextual and substantive approach to s. 15(1) that was unanimously endorsed by this Court in *Law*, as opposed to a formal approach that, at least in some cases, functions to exacerbate historical disadvantage.

44

In this case, to the extent non-citizens are differently situated than citizens, it is only because the legislature has accorded them a unique legal status. In all relevant respects — sociological, economic, moral, intellectual — non-citizens are equally vital members of Canadian society and deserve tantamount concern and respect. The only recognized exception to this rule is where the Constitution itself withholds a benefit from non-citizens, as was the case in *Chiarelli, supra*. In such a case, it may be said that the *Charter* itself authorizes differential treatment, and that finding a s. 15(1) violation would amount to finding the *Charter* in violation of itself. Such is not the case in the present appeal.

[TRADUCTION] ... l'essence même de la notion de citoyenneté est de conférer aux citoyens certains droits et avantages dont sont nécessairement privés les non-citoyens. Ces droits et ces avantages relèvent à la fois du droit constitutionnel et du droit fédéral. La préférence accordée relativement à l'emploi dans la fonction publique est l'un d'eux. Elle est conforme aux pratiques antérieures et à celles d'autres pays. Ce que les appelantes critiquent comme le simple refus de droits à des non-citoyens est en réalité une disposition originale et fondamentale définissant la citoyenneté et établissant un attribut essentiel et universel de la qualité de citoyen.

Même si le par. 15(1) permet quelque différence de traitement, l'argument des intimées va au-delà de ce que vise le deuxième facteur contextuel de *Law*. Dans le passé, ce facteur a signifié qu'un groupe défavorisé pouvait avoir droit à un accommodement particulier du fait de sa situation différente (le droit des personnes atteintes de surdité à des interprètes gestuels dans un hôpital public : *Eldridge*, précité) ou inversement, que des groupes relativement plus favorisés soient privés d'avantages correspondant «    la situation différente que vit le groupe plus défavorisé visé par les dispositions » (*Law*, par. 103). Ce qui importe, à mon avis, c'est que la mesure légale ou gouvernementale prenne en compte la situation particulière de ceux qu'elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif. C'est ce qu'exige la méthode d'analyse contextuelle et substantielle du par. 15(1), que la Cour a retenue à l'unanimité dans *Law*, de préférence à une approche formaliste qui, dans certains cas du moins, a l'effet d'accentuer un désavantage historique.

En l'espèce, la situation des non-citoyens diffère de celle des citoyens uniquement parce que le législateur leur a donné un statut juridique unique. Sous tous les points de vue pertinents — sociologique, économique, moral, intellectuel — les non-citoyens sont des membres tout aussi essentiels de la société canadienne et méritent la même attention et le même respect. La seule exception reconnue à cette règle s'applique lorsque la Constitution elle-même prive le non-citoyen d'un avantage, comme dans *Chiarelli*, précité. En pareil cas, on peut dire que la *Charte* elle-même autorise la différence de traitement, de sorte que conclure qu'il y a atteinte au par. 15(1)   quivaudrait    conclure que la *Charte* contrevient   

On the contrary, the distinction in this case finds no authorization in the *Charter* and, more broadly, is not made on the basis of any “actual personal differences between individuals”: see *Law, supra*, at para. 71. If anything, the distinction places an additional burden on an already disadvantaged group. Such a distinction is impossible to square with this Court’s finding in *Andrews, supra*, at p. 183, which held that “[a] rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would . . . infringe s. 15 equality rights”.

Turning to the remaining contextual factors in *Law*, the questions to be asked are whether (1) the claimants in this case suffer from pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability; (2) the law aims or operates to ameliorate the predicament of a more disadvantaged person or group; and (3) the nature and scope of the interest affected by the impugned law is such that it merits constitutional protection. In my view, all three of these factors militate in favour of a s. 15(1) violation. First, while the claimants in this case are all relatively well-educated, it is settled law that non-citizens suffer from political marginalization, stereotyping and historical disadvantage. Indeed, the claimant in *Andrews*, who was himself a trained member of the legal profession, was held to be part of a class “lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated”: see *Andrews, supra, per* Wilson J., at p. 152. In my view, this dictum applies no matter what the nature of the impugned law. Second, s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not aim to ameliorate the predicament of a group more disadvantaged than non-citizens; rather, the comparator class in this case (unlike in *Law*, perhaps) enjoys greater status on the whole than the claimant class. Finally, the nature of the interest in this case — namely, employment — is most definitely one that enjoys constitutional protection. As repeatedly held by this Court, work is a fundamental aspect of a person’s life, implicating his livelihood, self-worth and human dignity: see

elle-même. Ce n’est pas le cas ici. Au contraire, la distinction n’est nullement autorisée dans la *Charte* et, de manière plus générale, elle n’est pas établie en fonction de « différences personnelles réelles entre les individus » : *Law*, par. 71. La distinction ne fait qu’ajouter au fardeau d’un groupe déjà défavorisé. Il est impossible de concilier une telle distinction avec la conclusion tirée par la Cour dans *Andrews*, p. 183, qu’« une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d’emplois pour le seul motif qu’elles n’ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d’individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l’égalité de l’art. 15 ».

En ce qui concerne les autres facteurs contextuels énoncés dans *Law*, il faut se demander si (1) les appelantes sont vulnérables ou souffrent d’un désavantage, de stéréotypes ou de préjugés préexistants, (2) si la loi a pour objet ou effet d’améliorer la situation d’une personne ou d’un groupe plus défavorisé et (3) si la nature et l’importance de l’intérêt touché par la loi contestée sont telles que la protection constitutionnelle est justifiée. Selon moi, ces trois facteurs permettent de conclure qu’il y a atteinte au par. 15(1). Premièrement, bien que les appelantes en l’espèce aient toutes un niveau d’instruction relativement élevé, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l’objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. Dans *Andrews*, la Cour conclut que le demandeur, un diplômé en droit, fait partie d’un groupe « dépourvu de pouvoir politique et [. . .], à ce titre, susceptible[e], de voir [ses] intérêts négligés et [son] droit d’être considéré et respecté également violé » : *Andrews*, le juge Wilson, p. 152. J’estime que cette remarque s’applique peu importe la nature de la loi contestée. Deuxièmement, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* n’a pas pour objet de redresser la situation d’un groupe plus défavorisé que les non-citoyens; le groupe de comparaison en l’espèce (contrairement à *Law* peut-être) a plutôt dans l’ensemble un statut plus enviable que le groupe dont font partie les appelantes. Enfin, la nature de l’intérêt en cause, l’emploi, est assurément de ceux qui méritent la protection constitutionnelle. Comme la Cour le dit à maintes reprises, le travail est un

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313, *per* Dickson C.J., at p. 368, and subsequent cases. Although the scope of the affected interest in this case is fairly narrow owing to the fact that s. 16(4)(c) is limited to public sector employment and does not impose a complete bar on non-citizens, in my view the nature and scope of the affected interest still warrants constitutional protection. As stated above, work is a fundamental aspect of a person's life, and a law which operates to limit the range of employment options for non-citizens is still likely to implicate the individual's livelihood, self-worth and human dignity. Indeed, much of the discussion in this case was centered on the appellants' argument that Parliament's intention was to distinguish between citizens and non-citizens on the basis of their relative loyalty and commitment to Canada. In this context, a cursory look at the four *Law* factors suggests that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter*.

46

Needless to say, the *Law* factors should not be applied too mechanically. One must never lose sight of the overarching question, which is whether the law perpetuates the view that non-citizens are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society: see *Law, supra*, at para. 99. It may be, in light of the above discussion, that a law defining the core rights and privileges of citizens is incapable of perpetuating such a view; indeed, such a law finds support in numerous international treaties and is accepted by almost every country in the world. In my view, however, this misses the point of the *Law* methodology; what is required is a contextualized look at how a non-citizen legitimately feels when confronted by a particular enactment. Even if the non-citizen knows the preference has nothing to do with her capabilities — as most reasonable people would — she may still feel “less . . . worthy of recognition . . . as a member of Canadian society”: see *Law, supra*, at para. 88. This subjective view must be examined in context, that is, with a view to determining

élément fondamental de la vie d'une personne touchant sa subsistance, son estime de soi et sa dignité humaine : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, p. 368, et les arrêts subséquents. Même si l'intérêt touché en l'espèce a une étendue assez restreinte puisque l'al. 16(4)c) se limite à l'emploi dans le secteur public et n'exclut pas totalement les non-citoyens, à mon avis, sa nature et son étendue méritent néanmoins une protection constitutionnelle. Comme je le dis plus haut, le travail est un élément fondamental de la vie d'une personne, et une loi qui a pour effet de limiter la gamme des options d'emploi des non-citoyens risque toujours de toucher la subsistance, l'estime de soi et la dignité humaine de la personne. À vrai dire, une grande partie du débat en l'espèce était centrée sur l'argument des appelantes selon lequel le législateur entendait établir une distinction entre citoyens et non-citoyens sur la base de leur degré relatif d'engagement et de loyauté envers le Canada. Dans ce contexte, un examen rapide des quatre facteurs de l'arrêt *Law* donne à penser que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Il va sans dire que les facteurs de *Law* ne doivent pas être appliqués de manière trop mécanique. Il ne faut jamais perdre de vue la question primordiale, qui est de savoir si la loi perpétue l'opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne : *Law*, par. 99. Compte tenu de l'analyse qui précède, il se peut qu'une loi définissant les droits et les privilèges fondamentaux liés à la citoyenneté ne saurait perpétuer une telle opinion; une telle loi trouve appui dans de nombreuses conventions internationales et elle est jugée acceptable dans presque tous les pays. À mon sens, toutefois, ce n'est pas du tout ce que vise la méthode préconisée dans l'arrêt *Law*; ce qu'elle exige, c'est de regarder en contexte comment un non-citoyen peut légitimement se sentir face à un texte de loi précis. Même si le non-citoyen sait que la préférence n'a rien à voir avec ses capacités personnelles — comme le comprendraient la plupart des personnes raisonnables — il peut néanmoins se sentir « moins digne d'être reconnu [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne » :

whether a rational foundation exists for the subjective belief.

In measuring the appellants' subjective experience of discrimination against an objective standard, it is crucial not to elide the distinction between the claimant's onus to establish a *prima facie* s. 15(1) violation and the state's onus to justify such a violation under s. 1. Section 15(1) requires the claimant to show that her human dignity and/or freedom is adversely affected. The concepts of dignity and freedom are not amorphous and, in my view, do not invite the kind of balancing of individual against state interest that is required under s. 1 of the *Charter*. On the contrary, the subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experience of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience. In this case, the claimants submit that a reasonable person similarly situated would believe that the reduced opportunity of working in the federal Public Service fails to account for their individual capacities and, moreover, implies they are less loyal and worthy of trust. The existence of a s. 15(1) violation depends on the validity of this submission.

By contrast, the government's burden under s. 1 is to justify a breach of human dignity, not to explain it or deny its existence. This justification may be established by the practical, moral, economic, or social underpinnings of the legislation in question, or by the need to protect other rights and values embodied in the *Charter*. It may further be established based on the requirements of proportionality, that is, whether the interest pursued by the legislation outweighs its impact on human dignity and freedom. However, the exigencies of public policy do not undermine the *prima facie* legitimacy of an equality claim. A law is not "non-discriminatory" simply because it pursues a pressing objective or impairs equality rights as little as possible. Much less is it "non-discriminatory" because it reflects an international consensus as to the appropriate

Law, par. 88. Cette perception subjective doit être examinée dans son contexte, c'est-à-dire afin d'établir si elle a un fondement rationnel.

Pour jauger l'expérience subjective de discrimination de chaque appelante à partir d'une norme objective, il est crucial de ne pas escamoter la distinction entre la charge de la preuve *prima facie* d'une atteinte au par. 15(1) qui incombe au demandeur et la charge de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier qui incombe à l'État. Le paragraphe 15(1) oblige le demandeur à montrer que sa dignité humaine ou sa liberté est compromise. La dignité et la liberté ne sont pas des notions floues et, à mon avis, elles n'appellent pas le type de mise en balance de l'intérêt de la personne et de celui de l'État qu'exige l'article premier de la *Charte*. Au contraire, l'examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable partagerait cette expérience. En l'espèce, les appelantes font valoir qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable penserait que la possibilité réduite de travailler dans la fonction publique fédérale ne tient pas compte de leurs capacités personnelles et implique en outre qu'elles sont moins loyales et moins dignes de confiance. L'existence d'une atteinte au par. 15(1) dépend de la validité de cette prétention.

Par contraste, la charge qui incombe au gouvernement en vertu de l'article premier consiste à justifier une atteinte à la dignité humaine et non à l'expliquer ou à en nier l'existence. On peut établir cette justification en recourant aux fondements pratiques, moraux, économiques ou sociaux de la loi en question, ou en invoquant la nécessité de protéger d'autres droits et valeurs constitutionnalisés dans la *Charte*. On peut aussi l'établir sur la base des exigences de la proportionnalité, c.-à-d. en déterminant si l'intérêt visé par la loi fait plus que compenser son effet sur la dignité humaine et la liberté. Toutefois, les exigences de l'ordre public ne minent pas la légitimité à première vue d'une demande d'égalité. Une loi n'est pas « non discriminatoire » uniquement parce qu'elle poursuit un objectif urgent ou qu'elle restreint le moins possible des droits à l'égalité.

limits on equality rights. While these are highly relevant considerations at the s. 1 stage, the suggestion that governments should be encouraged if not required to counter the claimant's s. 15(1) argument with public policy arguments is highly misplaced. Section 15(1) requires us to define the scope of the individual right to equality, not to balance that right against societal values and interests or other *Charter* rights.

Elle est certainement encore moins « non discriminatoire » parce qu'elle reflète un consensus international quant aux limites appropriées des droits à l'égalité. Même si ces considérations sont très pertinentes au stade de l'article premier, l'idée qu'il faudrait encourager voire obliger les gouvernements à répondre à l'argument fondé sur le par. 15(1) par des arguments fondés sur l'ordre public est tout à fait déplacée. Le paragraphe 15(1) nous oblige à définir l'étendue du droit individuel à l'égalité, et non à mettre ce droit en balance avec les valeurs et les intérêts de la société ou avec d'autres droits garantis par la *Charte*.

49

It is not, as my colleague Arbour J. suggests at para. 86, an "eagerness to extend equality rights as widely as possible" that informs the distinction between s. 15(1) and s. 1. It is the very structure of the *Charter* that mandates this distinction, as well as the methodology adopted by this Court since *Andrews*. Nor do I accept my colleague's suggestion that s. 15(1) rights are all but absolute, in that their violation should only be justifiable in rare circumstances. This Court has often applied s. 1 to breaches of s. 15(1), in so doing recognizing that s. 15(1) merits a liberal and purposive construction: see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Weatherall*, *supra*; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. In each of these cases, it was incumbent on the Court to consider the extent and impact of the s. 15(1) breach and, in appropriate contexts, to find that a particular breach of s. 15(1) was minor. This is not indicative of undue deference to the legislature, but of the need for a flexible approach to s. 1 justification and, more broadly, the recognition that any balancing between individual rights and societal needs occurs in s. 1, not s. 15(1). Indeed, conducting this balancing at the s. 15(1) stage would accord far greater deference to the legislature than I suspect my colleague Arbour J. intends.

Ce n'est pas, comme ma collègue le juge Arbour le laisse entendre au par. 86, un « empressement [. . .] à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité » qui sous-tend la distinction entre le par. 15(1) et l'article premier. C'est la structure même de la *Charte* qui l'exige, de même que la méthode adoptée par la Cour depuis *Andrews*. Je ne suis pas non plus d'accord avec ma collègue pour dire que les droits garantis par le par. 15(1) sont presque absolus, en ce que leur violation ne serait justifiable que dans de rares circonstances. La Cour a souvent appliqué l'article premier à des atteintes au par. 15(1), reconnaissant ainsi que le par. 15(1) mérite une interprétation libérale et téléologique : voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Weatherall*, précité; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Dans chacune de ces affaires, la Cour considérait l'étendue et l'effet d'une atteinte au par. 15(1) et, dans les contextes appropriés, a conclu qu'une atteinte donnée au par. 15(1) était mineure. Cela ne dénote pas une déférence trop grande envers le législateur, mais plutôt la nécessité d'une approche souple de la justification en vertu de l'article premier et, plus largement, la reconnaissance que tout effort pour peser dans la balance les droits individuels et les besoins de la société a lieu à l'étape de l'article premier et non à l'étape du par. 15(1). En réalité, effectuer cette pondération à l'étape du par. 15(1) représenterait une déférence beaucoup plus grande envers le législateur que ne le voudrait, je pense, ma collègue le juge Arbour.

The balancing conducted at the s. 15(1) stage would transform that subsection into a variant of s. 7, whereby violations are difficult to establish and, in turn, difficult to justify under s. 1. Only the “most important” objectives would be sufficiently pressing to violate s. 15(1), and the proportionality test would in turn be conducted with “uncompromising rigour”: see *Arbour J.*, at para. 91. My central concern with this approach is not only that, in my view, it departs from previous s. 15(1) jurisprudence, but that it substitutes a rigid and categorical approach to s. 1 justification for a contextual one: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Even if such an approach could be defended, however, it is not supported by the different wording of s. 15(1) and s. 7. Section 7 contains an explicit internal limitation on the right to life, liberty and security of the person, in that such rights may be infringed in accordance with the “principles of fundamental justice”. Section 15(1), by contrast, contains no such limitation. What my colleague *Arbour J.*, at para. 92, refers to as a “differentiation between legislative distinctions and discrimination” is not an internal limitation on s. 15(1) in the s. 7 sense, but a judicial interpretation of the normative parameters of the term “discrimination”. Such parameters are no different than those used to define the term “expression” in s. 2(b) or the term “unreasonable” in s. 8. They function to define the right or freedom at issue, not to place an internal limitation on it.

With respect, I must disagree with my colleague *Arbour J.* that the difficulties posed by blurring the distinction between s. 15(1) and s. 1 are not insurmountable. At the very least, such an approach creates significant uncertainty for lower courts in terms of the kinds of considerations they are permitted to adduce in adjudicating a s. 15(1) claim. Yet on a deeper level, the approach has the potential to create a hierarchy of rights within s. 15(1) itself, whereby public policy considerations may defeat a

La pondération effectuée à l'étape du par. 15(1) transformerait ce paragraphe en variante de l'art. 7, dans le contexte duquel les atteintes sont difficiles à établir et, par ricochet, difficiles à justifier en vertu de l'article premier. Seuls les objectifs les « plus importants » seraient suffisamment urgents pour porter atteinte au par. 15(1), et le critère de la proportionnalité serait par ricochet appliqué avec une « rigueur intransigeante » : voir le juge *Arbour*, par. 91. Cette approche me semble problématique non seulement parce qu'elle s'écarte à mon avis de la jurisprudence relative au par. 15(1), mais aussi parce qu'elle substitue une approche rigide et catégorique à une approche contextuelle de la justification en vertu de l'article premier : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Toutefois, même si elle pouvait être défendable, cette approche n'est pas appuyée par les énoncés différents du par. 15(1) et de l'art. 7. L'article 7 comprend une limitation interne explicite du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne en ce qu'il ne peut être porté atteinte à ces droits qu'en conformité avec les « principes de justice fondamentale ». Le paragraphe 15(1), par contre, ne comporte aucune limitation de ce type. Ce que ma collègue le juge *Arbour*, au par. 92, appelle une « différenciation entre distinctions législatives et discrimination » n'est pas une limitation interne du par. 15(1) au sens de l'art. 7, mais une interprétation judiciaire des paramètres normatifs du terme « discrimination ». Ces paramètres ne sont pas différents de ceux qui servent à définir les mots « expression » à l'al. 2b) ou « abusives » à l'art. 8. Ils ont pour fonction de définir le droit ou la liberté en question et non de lui imposer une limitation interne.

Avec égards, je ne puis partager l'avis de ma collègue le juge *Arbour* que les difficultés posées par le gommage de la distinction entre le par. 15(1) et l'article premier ne sont pas insurmontables. Une telle approche est tout au moins source d'incertitude importante pour les tribunaux en ce qui a trait aux sortes de considérations qu'il leur est permis d'invoquer pour trancher une demande fondée sur le par. 15(1). Plus profondément toutefois, cette approche risque de créer au sein même du par. 15(1) une

s. 15(1) claim in certain cases (e.g. citizenship), but not others (e.g. race). I cannot find support for such a hierarchy in the *Charter*. Not only does my colleague stop short of providing any criteria for ranking the analogous grounds, but she does not persuade me that the kinds of considerations she uses in this case — for example, the fact that two of the claimants chose to forego Canadian citizenship — could not, even unwittingly, be applied invidiously in future cases. While such an approach would certainly filter out vexatious s. 15(1) claims, I think it would do so at great cost to our Court's liberal interpretation of equality rights — an interpretation which, it must be said, goes beyond s. 15(1) of the *Charter* and affects Canada's human rights jurisprudence generally.

hiérarchie de droits en vertu de laquelle les considérations d'ordre public pourraient faire obstacle à une demande fondée sur le par. 15(1) dans certains cas (par exemple la citoyenneté) mais non dans d'autres (par exemple la race). Je ne trouve rien qui appuie une telle hiérarchie dans la *Charte*. Non seulement ma collègue ne propose pas de critères pour classer les motifs analogues, mais elle ne me convainc pas que les sortes de considérations qu'elle invoque en l'espèce — par exemple le fait que deux des appelantes ont choisi de ne pas demander la citoyenneté canadienne — ne pourraient pas avoir, sans qu'on le veuille, des applications malencontreuses à l'avenir. Cette approche pourrait certainement éliminer les demandes vexatoires concernant le par. 15(1), mais elle le ferait, à mon avis, au détriment de notre interprétation libérale des droits à l'égalité — une interprétation qui, il faut le dire, va plus loin que le seul par. 15(1) de la *Charte* et touche la jurisprudence canadienne sur les droits de la personne en général.

52

Turning to the subjective-objective evaluation in this case, I think the claimants in this case felt legitimately burdened by the idea that, having made their home in Canada (and, in To-Thanh-Hien's case, begun to seek citizenship), their professional development was stifled on the basis of their citizenship status. Their subjective reaction to the citizenship preference no doubt differed from their reaction to not being able to vote, sit in the Senate, serve on a jury, or remain in Canada unconditionally. An obvious difference in this context is that employment is vital to one's livelihood and self-worth; another is that there is no apparent link between one's citizenship and one's ability to perform a particular job; finally, the distinction can reasonably be associated with stereotypical assumptions about loyalty and commitment to the country, even if that is not Parliament's intention. There is certainly no shortage of evidence in this case to support these views. As the respondents' own expert, Peter H. Schuck, recognized in a 1997 article ("The Re-Evaluation of American Citizenship" (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1, at p. 14):

En ce qui a trait à l'évaluation subjective-objective en l'instance, je pense que les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada (et, dans le cas de M^{me} To-Thanh-Hien, entrepris des démarches pour obtenir la citoyenneté), leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes. Leur réaction subjective à la préférence fondée sur la citoyenneté différait sans aucun doute de leur réaction à la privation du droit de voter, de siéger au Sénat, de faire partie d'un jury et de demeurer inconditionnellement au Canada. La différence manifeste, dans ce contexte, réside dans le fait que l'emploi est essentiel à la subsistance et à l'estime de soi; s'y ajoute le fait qu'il n'y a aucun lien apparent entre la citoyenneté d'une personne et sa capacité d'exercer une fonction en particulier; enfin, la distinction peut raisonnablement être associée à des présomptions stéréotypées au sujet de la loyauté et de l'engagement envers le pays, même si telle n'était pas l'intention du législateur. Il ne manque certainement pas d'éléments de preuve à l'appui en l'espèce. Comme le reconnaît même l'expert des intimées, Peter H. Schuck, dans « The Re-Evaluation of American Citizenship » (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1, p. 14 :

The . . . policy of barring aliens from federal employment, which is similar to the practice of most nations, is likely to be a greater concern to aliens than the bar to jury service for most aliens. Few if any legal permanent residents (“LPRs”) are likely to seek high elective or appointive offices prior to naturalization. Many LPRs, however, might want to pursue employment in the federal, state, and local civil service systems.

This point is borne out on the record. All three appellants in this case sought Public Service employment immediately upon arriving in Canada and, for the first three years, could not have changed their citizenship even had they wanted to. During that time, one of them was told the PSC would sooner lower the qualifications for a job than hire a non-citizen; another was barred from a position she had been competently performing on contract; and a third was rejected despite her obvious desire to become a Canadian citizen. The impact of placing obstacles in the way of the appellants’ professional development does not vary according to whether the *PSEA* imposes a “preference” or a “ban”. Immigrants come to Canada expecting to enjoy the same basic opportunities as citizens and to participate fully and freely in Canadian society. Freedom of choice in work and employment are fundamental aspects of this society and, perhaps unlike voting and other political activities, should be, in the eyes of immigrants, as equally accessible to them as to Canadian citizens. Discrimination in these areas has the potential to marginalize immigrants from the fabric of Canadian life and exacerbate their existing disadvantage in the Canadian labour market. This is true whether or not the discrimination operates on the basis of stereotyping; if it makes immigrants feel less deserving of concern, respect and consideration, it runs afoul of s. 15(1): see *Law, supra*, at para. 88. For these reasons, I conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates s. 15(1) of the *Charter* and requires justification under s. 1.

[TRADUCTION] La politique [. . .] qui exclut les étrangers des emplois de la fonction publique fédérale, comparable à la pratique actuellement en vigueur dans la plupart des pays, a sans doute plus d’incidence sur les étrangers que le fait de ne pas pouvoir être juré. Rares seront les résidents permanents en situation régulière qui, avant de se faire naturaliser, brigueront une charge publique. Nombreux, par contre, sont ceux qui pourraient vouloir travailler dans les fonctions publiques fédérale, étatique ou locale.

C’est ce que confirme le dossier. Dans la présente affaire, les trois appelantes ont cherché à obtenir un emploi dans la fonction publique dès leur arrivée au Canada et, pendant les trois premières années, elles n’auraient pas pu changer leur citoyenneté même si elles l’avaient voulu. Pendant cet intervalle, l’une d’elles s’est fait dire que la CFP préférerait abaisser les exigences d’un poste plutôt que d’engager un non-citoyen; une autre a vu sa candidature écartée pour un poste qu’elle avait occupé avec compétence sous contrat; une troisième a été refusée malgré sa volonté manifeste de devenir citoyenne canadienne. Les répercussions des obstacles placés en travers du parcours professionnel des appelantes ne changent pas selon que la *LEFP* impose une préférence ou une interdiction. Les immigrants arrivant au Canada s’attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens et à participer pleinement et librement à la société canadienne. La liberté de choix du travail et l’emploi sont des aspects fondamentaux de cette société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux d’un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu’à un citoyen canadien. La discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada. Cela est vrai que la discrimination soit fondée ou non sur des stéréotypes; si elle a pour effet que l’immigrant se sente moins digne d’intérêt, de respect et de considération, elle contrevient au par. 15(1) : *Law*, par. 88. Pour ces motifs, je conclus que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et doit donc être justifié en application de l’article premier.

B. Section 1

53

At the s. 1 stage, it is for the government to demonstrate that, on a balance of probabilities, s. 16(4)(c) is a “reasonable limit” on equality that can be “demonstrably justified in a free and democratic society”: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-37. To qualify as such, the provision must (1) pursue an objective that is sufficiently important to justify limiting a *Charter* right, (2) be rationally connected to that objective, (3) impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the objective, and (4) not have a disproportionately severe effect on the persons to whom it applies: see *Oakes*, *supra*, at pp. 138-39. These criteria will be applied with varying levels of rigour depending on the context of the appeal: see *Thomson Newspapers*, *supra*. In this case, we are presented with a law that attempts to promote the value of Canadian citizenship by detracting from the rights of non-citizens; as this inevitably requires Parliament to balance the interests of competing groups, some degree of deference is required in the application of *Oakes*, *supra*. That being said, the law does not promote the interests of a vulnerable group, is not premised on particularly complex social science evidence, and interferes with an activity (namely employment) whose social value is relatively high: see *Thomson Newspapers*, *supra*, and *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94.

(1) Sufficiently Important Objective

(a) *What Is the Legislative Objective?*

54

At trial, Wetston J. was presented with radically different views of the objective behind the citizenship preference. The appellants claimed the objective was to ensure a loyal and committed Public Service; on this view, s. 16(4)(c) stemmed from a dubious legacy of according citizens greater privileges on account of their supposed merit. The respondents insisted the preference had nothing to do with merit; they claimed it was meant to further Canada’s citizenship policy by granting citizens certain privileges not enjoyed by immigrants — the right to vote, for example. In turn, the respondents identified a twofold objective behind Canada’s citizenship policy: first, to enhance the meaning of

B. L’article premier

À l’étape de l’article premier, il incombe à l’État de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l’al. 16(4)c apporte à l’égalité une restriction « raisonnable et [dont la] justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-137. Pour cela, la disposition doit (1) avoir un objectif suffisamment important pour justifier la restriction d’un droit garanti par la *Charte*; (2) avoir un lien rationnel avec cet objectif; (3) ne pas restreindre le droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif; et (4) ne pas avoir d’effets préjudiciables disproportionnés sur les personnes visées : voir *Oakes*, p. 138-139. Ces critères s’appliquent plus ou moins strictement selon le contexte : voir *Thomson Newspapers*, précité. La loi contestée en l’espèce cherche à valoriser la citoyenneté canadienne en restreignant les droits des non-citoyens; comme le législateur doit inévitablement pondérer les intérêts de groupes opposés, une certaine déférence s’impose dans l’application de *Oakes*. Cela étant, la loi ne défend pas les intérêts d’un groupe vulnérable, elle ne s’appuie pas sur une preuve particulièrement complexe de sciences humaines et elle touche une activité (l’emploi) dont la valeur sociale est relativement élevée : *Thomson Newspapers*, et *Irwin Toy*, précités, p. 993-994.

(1) Un objectif suffisamment important

a) *Quel est l’objectif de la loi?*

En première instance, le juge Wetston faisait face à des points de vue radicalement différents sur l’objectif de la préférence fondée sur la citoyenneté. Les appelantes soutenaient que l’objectif était d’assurer la loyauté et l’engagement de la fonction publique; sous cet angle, l’al. 16(4)c était issu de la pratique douteuse d’accorder des privilèges aux citoyens en raison de leur mérite présumé. Les intimées insistaient sur le fait que la préférence n’avait rien à voir avec le mérite; elles faisaient valoir qu’elle visait à consolider la politique canadienne de citoyenneté en donnant aux citoyens certains privilèges refusés aux immigrants — le droit de vote, par exemple. Elles ont ensuite fait état du double objectif de cette

citizenship as a unifying symbol for Canadians; and second, to encourage permanent residents to naturalize. In my view, the respondents' view must prevail. Even if concerns about commitment and loyalty informed the enactment of the amendments to the *Civil Service Act* in 1908, on which I make no comment, there is no denying that the citizenship preference is also intended to further Canada's citizenship policy. This was affirmed by all four judges in the courts below, including Linden J.A., and it is reflected in the legislative record: see Department of Justice, *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper* (1985), at pp. 49-50. Whether this privilege is pressing and substantial is, as we shall see, a matter of some controversy.

In oral argument, the appellants urged this Court to consider the testimony of one of the respondents' witnesses, Mr. John J. Carson, as conclusive evidence of legislative objective. Mr. Carson served as chairman of the PSC in the 1960s; he testified that he objected to a repeal of the citizenship preference at the time and, moreover, that concerns about "commitment and loyalty" motivated his views. In particular, he stated that "if you're undertaking an application for employment you want to give evidence of good faith and your willingness to partner in the venture that you're going into" and, further, that "someone who has shown evidence of commitment and a desire to be fully involved is usually an indication of their motivation". The appellants argue that Wetston J. erred in not considering this testimony, especially having ruled that Mr. Carson's opinion was admissible. In my view, this would unduly interfere with the trial judge's discretion. The trial judge was not bound to accept Mr. Carson's answer on the legislative objective, particularly where he had restricted Mr. Carson's testimony to whether he felt it was "necessary in that responsibility to make any recommendations to repeal that provision". Much less was the trial judge bound to ignore the other legislative objectives which the Crown proffered, which were subsequently upheld by all three judges at the Court of Appeal. In short, I think the appellants are hard-pressed to modify the legislative

politique : premièrement, promouvoir la citoyenneté comme symbole unificateur pour les Canadiens et, deuxièmement, inciter les résidents permanents à se faire naturaliser. J'estime que le point de vue des intimées doit l'emporter. Même si des considérations d'engagement et de loyauté ont influencé l'adoption de modifications à la *Loi du service civil* en 1908, ce sur quoi je ne me prononce pas, nul ne conteste que la préférence fondée sur la citoyenneté vise aussi à promouvoir la politique canadienne de citoyenneté. Les quatre juges des instances antérieures, y compris le juge Linden, l'ont confirmé, et c'est ce qui ressort du dossier législatif : voir ministère de la Justice, *Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail* (1985), p. 62-63. La question de savoir si ce privilège est une préoccupation urgente et réelle suscite, comme nous le verrons, une certaine controverse.

En plaidoirie, les appelantes ont demandé à la Cour de considérer le témoignage d'un des témoins des intimées, M. John J. Carson, comme une preuve concluante de l'objectif du législateur. Président de la CFP pendant les années 1960, M. Carson dit s'être opposé à l'époque à la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté, ajoutant que des considérations d'« engagement et loyauté » justifiaient son opposition. Il précise que [TRADUCTION] « la personne qui postule un emploi veut prouver sa bonne foi et sa volonté de s'intégrer à l'entreprise » et que « l'engagement et le souhait de participer pleinement sont généralement des indices de motivation ». Les appelantes soutiennent que le juge Wetston a fait erreur en ne tenant pas compte de ce témoignage, surtout après avoir statué que l'avis de M. Carson était recevable. J'estime que ce serait s'immiscer indûment dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Ce dernier n'était pas tenu d'accepter la réponse de M. Carson sur l'objectif de la législation, surtout après avoir limité son témoignage à la question de savoir s'il avait jugé [TRADUCTION] « nécessaire, en cette qualité, de recommander l'abrogation de cette disposition ». Il était encore moins obligé de ne pas tenir compte des autres objectifs législatifs avancés par l'État et que les trois juges de la Cour d'appel ont subséquemment confirmés. En résumé, je crois que les appelantes peuvent difficilement modifier

objective at this stage based on their interpretation of the events at trial. Not only were the trial judge's actions perfectly legitimate, but the objectives he identified were never questioned by the reviewing court.

(b) *Are the Objectives Sufficiently Important?*

56

According to *Oakes*, *supra*, Parliament's objectives must be sufficiently important to justify overriding a *Charter* right. The respondents note that virtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to the national Public Service; these restrictions vary from virtual bans on federal Public Service employment (as in Switzerland and the United States) to policies allowing permanent residents to work in the Public Service on a probationary basis (as in Australia). The respondents further argue that international conventions support citizenship-based restrictions by guaranteeing the right of all citizens to work in the Public Service: see Article 21(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) ("Everyone has the right of equal access to public service in his country"); Article 25(c) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) ("Every citizen shall have the right and the opportunity . . . [t]o have access, on general terms of equality, to public service in his country"). For their part, the appellants claim that widespread acceptance of the citizenship-based restrictions do not justify them, and that Canada should be held to a higher standard than countries which discourage immigration. The appellants also note that citizenship-based restrictions imposed by state legislatures have routinely been struck down by the United States Supreme Court as violations of equality rights: see *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), and *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

57

In my view, a cursory examination of Canada's citizenship policy provides a normative foundation for the impugned law. This policy dates to the

l'objectif législatif à ce stade en se basant sur leur interprétation de ce qui s'est passé en première instance. Non seulement le juge a-t-il agi légitimement, mais les objectifs qu'il a identifiés n'ont jamais été remis en question par la Cour d'appel.

b) *Les objectifs sont-ils suffisamment importants?*

Suivant *Oakes*, les objectifs du législateur doivent être suffisamment importants pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Les intimées font remarquer que presque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à la fonction publique nationale; les restrictions apportées vont de l'exclusion virtuelle de l'emploi dans la fonction publique fédérale (comme en Suisse et aux États-Unis) à la politique autorisant un résident permanent à travailler dans la fonction publique à titre de stagiaire (comme en Australie). Elles ajoutent que les conventions internationales appuient les restrictions fondées sur la citoyenneté en garantissant le droit de tous les citoyens de travailler dans la fonction publique : voir l'article 21(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948) (« Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ») et l'article 25c) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966) (« Tout citoyen a le droit et la possibilité [. . .] [d]'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays »). Les appelantes répondent que l'acceptation générale des restrictions fondées sur la citoyenneté ne les justifie pas et que le Canada devrait être soumis à une norme plus élevée que les pays qui découragent l'immigration. Elles font par ailleurs remarquer que les restrictions apportées par les législatures d'États américains sur le fondement de la citoyenneté ont systématiquement été annulées par la Cour suprême des États-Unis pour atteinte aux droits à l'égalité : voir *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), et *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

À mon avis, le survol de la politique canadienne de citoyenneté offre un fondement normatif à la loi contestée. Cette politique existe depuis l'adoption

enactment of *The Canadian Citizenship Act* in 1946 (S.C. 1946, c.15); it sought to clarify confusion over the use of the terms “citizen” and “national” in federal legislation and create a unifying symbol for Canadians: see *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945 at pp. 1335 *et seq.* (the Hon. Paul Martin). Since then, Canada’s citizenship policy has embodied two distinct objectives: to enhance the meaning of citizenship as a unifying bond for Canadians, and to encourage and facilitate naturalization by permanent residents. In my view, these objectives are non-controversial. In any liberal democracy, the concept of citizenship serves important political, emotional and motivational purposes; if nothing else, it fosters a sense of unity and shared civic purpose among a diverse population: see W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at pp. 173-76. This was recognized by this Court in *Winner, supra*, in which Rand J. defined citizenship, at p. 918, simply as “membership in a state”. Rand J. went on to affirm the very basis of Canada’s citizenship policy: “in the citizen”, he held, “inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status”. The signal effect of the impugned provisions is not to discourage immigration but to underscore the value of citizenship as a unifying bond for Canada.

The appellants question the very premise of Canada’s citizenship policy, arguing that one does not enhance the meaning of citizenship by detracting from the rights of non-citizens. In their view, this is a “perverse” approach to social unity and undermines the spirit of inclusion represented by the *Charter* and our liberal immigration laws. In my view, this argument is unrealistic. It only makes sense for a country as open and diverse as Canada to enact a policy that integrates its population; in an era of increased movement across borders, citizenship still provides immigrants with a basic sense of identity and belonging. The question that challenges multicultural polities like Canada is not whether to enact a citizenship policy, but how to do so in a way that is respectful of cultural and linguistic differences. At trial, the appellants’ chief expert,

de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* en 1946 (S.C. 1946, ch. 15); elle visait à dissiper la confusion entourant l’emploi des termes « citoyen » et « ressortissant » dans la législation fédérale et à créer un symbole unificateur pour les Canadiens : *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 20^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 et suiv. (l’hon. Paul Martin). Depuis, la politique canadienne de citoyenneté a intégré deux objectifs distincts : valoriser la citoyenneté comme lien unissant les Canadiens, et encourager et faciliter la naturalisation des résidents permanents. À mon avis, ces objectifs ne peuvent être controversés. Dans toute démocratie libérale, la notion de citoyenneté est liée à des objectifs politiques, émotifs et incitatifs importants; elle favorise à tout le moins un sentiment d’unité et de civisme partagé dans une population hétérogène : W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 173-176. La Cour le reconnaît dans *Winner*, précité, où le juge Rand définit la citoyenneté comme s’entendant simplement de [TRADUCTION] « l’appartenance à un État », puis décrit le fondement même de la politique canadienne de citoyenneté : « sont inhérents au citoyen les droits et les devoirs corrélatifs à l’allégeance et à la protection qui sont attachés à ce statut » (p. 918). L’effet insigne des dispositions contestées n’est pas de dissuader l’immigration mais de souligner la valeur de la citoyenneté comme un lien unificateur du Canada.

Les appelantes remettent en question le fondement même de la politique canadienne de citoyenneté et font valoir qu’on ne valorise pas la citoyenneté en diminuant les droits des non-citoyens. Selon elles, il s’agit d’une conception « perverse » de l’unité sociale qui mine l’esprit d’inclusion inhérent à la *Charte* et à nos lois généreuses en matière d’immigration. Selon moi, leur argument n’est pas réaliste. Il n’est que logique pour un pays aussi ouvert et diversifié que le Canada d’adopter une politique ayant pour effet d’intégrer sa population; à une époque où les mouvements transfrontaliers se multiplient, la citoyenneté offre encore aux immigrants un sentiment fondamental d’identité et d’appartenance. La question qui se pose pour les entités multiculturelles comme le Canada n’est pas de savoir s’il y a lieu ou non d’adopter une politique

Joseph Carens, essentially admitted this view; he testified that “there may be certain points on which we may draw legal distinctions between citizens and non-citizens but other points in which everyone is regarded as a member of the community”. Canada has sought to strike this balance not only by limiting the number of privileges accorded to Canadian citizens, but by allowing dual citizenship, relaxing naturalization requirements and, in the appellant To-Thanh-Hien’s case, making special efforts to find employment for qualified visible minorities: see *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging* (1994), Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, at pp. 5-7, 11 and 15. By taking measures such as these, Parliament attempts to reconcile the goals of enhancing Canadian citizenship and respecting cultural diversity. I am thus comfortable concluding that the objectives behind s. 16(4)(c) are sufficiently important to justify limiting the appellants’ equality rights.

(2) Rational Connection

59

With respect to rational connection, the appellants suggest it is irrational to pursue Canada’s citizenship policy by making Public Service employment a privilege of citizenship. In their view, there is no end to the amount of discrimination Parliament could inflict on non-citizens if such an objective is accepted. Moreover, they argue that s. 16(4)(c) actually undermines Parliament’s objective by making Canada a less desirable country in which to live. In my view, this opinion is unrealistic; furthermore, this is something for Parliament to decide. While there is a point at which granting privileges to citizens may be unjustifiable under s. 1 — banning immigrants from social housing, perhaps — that point is not the same as the point at which this Court finds a s. 15(1) violation. Rather, as contemplated by s. 1 of the *Charter*, Parliament is entitled to some deference as to whether one privilege or another advances a compelling state interest. In this

de citoyenneté, mais comment le faire en respectant les différences culturelles et linguistiques. En première instance, le principal témoin-expert des appelantes, Joseph Carens, a essentiellement adhéré à ce point de vue; selon son témoignage, [TRADUCTION] « il y a des domaines où on peut établir des distinctions légales entre citoyens et non-citoyens et d’autres domaines où tous sont considérés comme membres de la collectivité ». Le Canada a cherché à réaliser cet équilibre non seulement par la limitation du nombre des privilèges accordés aux citoyens canadiens, mais aussi par la reconnaissance de la double citoyenneté, l’assouplissement des exigences de la naturalisation et, comme dans le cas de l’appelante To-Thanh-Hien, par des efforts particuliers pour faciliter l’emploi aux personnes compétentes appartenant à des minorités visibles : voir *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d’appartenance* (1994), Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l’immigration, p. 5-8, 11, 15 et 16. En prenant ces mesures, le législateur tente de concilier les objectifs de valorisation de la citoyenneté canadienne et de respect de la diversité culturelle. Je suis donc disposé à conclure que les objectifs de l’al. 16(4)(c) sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits à l’égalité des appelantes.

(2) Le lien rationnel

En ce qui concerne le lien rationnel, les appelantes laissent entendre qu’il est irrationnel de mettre en œuvre la politique canadienne de citoyenneté en faisant de l’emploi dans la fonction publique un privilège attaché à la citoyenneté. Selon elles, le nombre de mesures discriminatoires que le législateur pourrait prendre à l’encontre des non-citoyens serait illimité si cet objectif était accepté. De plus, elles soutiennent que l’al. 16(4)(c) compromet en fait la réalisation de l’objectif du législateur en faisant du Canada un pays où il est moins souhaitable de s’établir. J’estime que cette opinion est irréaliste; de plus c’est au Parlement d’en décider. Même si l’octroi de privilèges aux citoyens peut, à un point donné, ne pas être justifiable selon l’article premier — comme peut-être le refus aux immigrants de l’accès au logement social — ce point n’est pas le même que celui où la Cour situe une atteinte au par. 15(1). Il ressort en fait de l’article

case, Parliament's view is supported by common sense and widespread international practice, both of which are relevant indicators of a rational connection. Short of rejecting Canada's entire citizenship policy, it seems rather speculative to suggest that this privilege is so arbitrary and unreasonable that it detracts from the value of Canadian citizenship. If this logic were accepted, even the less intrusive alternatives proposed by Linden J.A. would have to be rejected as failing the rational connection test.

With respect to the second objective, encouraging naturalization, the appellants question whether granting employment privileges to non-citizens actually persuades permanent residents to naturalize. In their view, it would be no less surprising to find otherwise given the limited reach of the preference and the fact that many other factors inform the decision to naturalize. From a statistical perspective, however, Canada's citizenship policy seems generally to have worked. There is a very close relationship between immigration and naturalization rates in Canada, meaning that a high proportion of immigrants choose to naturalize upon meeting the three-year residency requirement. While this may be due to several factors — an immigrant's personal circumstances, the fact that citizenship is so easy to acquire in Canada, or the mere fact that Canada is a desirable country in which to live — the government's efforts to enhance the value of citizenship can reasonably be assumed to play a role. This is apparent from the personal rewards that accrue from being able to vote, remain in Canada unconditionally, serve appointed political office or join the Public Service. This common sense view is shared by almost every country in the world, including those that make citizenship more difficult to obtain. In this context, it would not be appropriate to hold Parliament to an exacting standard of proof: see Hogg, *supra*, at p. 35-8, citing *Oakes, supra*, at p. 138. The real issue, in my view, is whether the law is tailored in such a way that it does not unduly

premier de la *Charte* qu'une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. En l'espèce, le choix du législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel. À moins de rejeter l'ensemble de la politique canadienne de citoyenneté, il paraît relever de la pure conjecture de laisser entendre que ce privilège est si arbitraire et déraisonnable qu'il diminue la valeur de la citoyenneté canadienne. Si cette logique devait prévaloir, même les autres solutions moins attentatoires proposées par le juge Linden devraient être écartées comme ne satisfaisant pas au critère du lien rationnel.

En ce qui a trait au deuxième objectif, encourager la naturalisation, les appelantes doutent que les privilèges dans l'emploi soient de nature à convaincre les résidents permanents de se faire naturaliser. À leur avis, il ne serait pas étonnant de constater le contraire étant donné la portée limitée de la préférence et le fait que de nombreux autres facteurs jouent dans la décision de se faire naturaliser. Cependant, du point de vue statistique, la politique canadienne de citoyenneté semble avoir généralement fonctionné. Il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une haute proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. Cela peut être attribuable à plusieurs facteurs — la situation personnelle de l'immigrant, le fait que la citoyenneté soit si facile à obtenir au Canada ou le simple fait que le Canada est un pays où l'on souhaite s'établir — mais on peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle. Cela ressort des avantages personnels découlant du droit de voter, de demeurer inconditionnellement au Canada, d'être nommé à une fonction politique ou de joindre les rangs de la fonction publique. Ce point de vue fondé sur le sens commun est partagé par presque tous les pays, y compris ceux où il est plus difficile d'obtenir la citoyenneté. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'assujettir le législateur à une norme de preuve rigoureuse : voir Hogg, *op. cit.*, p. 35-8, citant *Oakes*, p. 138. La vraie question, à mon avis, est de savoir si la loi est conçue de façon à ne

burden non-citizens in its laudable efforts to promote Canadian citizenship.

(3) Minimum Impairment

61

This brings me to the minimum impairment test, which asks whether there are less intrusive ways of enhancing the value of citizenship among public servants. Before examining the alternatives in any detail, it is important to note the features of s. 16(4)(c) which render it less intrusive than it might be. Among these features are (1) the fact that it is a preference only and not an absolute bar, (2) the fact that it does not apply to closed competition, which is the most common means of staffing Public Service positions, (3) the fact that it only applies to the referral stage of open competition, not the inventory or eligibility stage, and (4) the fact that dual citizenship is permitted in Canada, such that Canadian law does not burden non-citizens with a choice between renouncing their foreign citizenship and entering the Public Service. These factors were all recognized by the Court of Appeal, which also noted that the preference is ultimately discretionary. In my view, the factors all go to whether s. 16(4)(c) falls within the “range of reasonable alternatives” permitted by s. 1 of the *Charter*; see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160.

62

The hallmark of s. 16(4)(c) is that it is merely a preference for Canadian citizens, as opposed to an absolute bar on non-citizens. Non-citizens are frequently referred to open competition, either along with qualified Canadian citizens or after the pool of qualified citizens is exhausted. While the former occurs rarely, the PSC director who testified for the respondents, Peter Stewart, recalled several such referrals in the year leading up to trial. Mr. Stewart recalled even more referrals in the latter category: co-op assignments for librarians where no qualified Canadians applied, computer systems positions where no qualified Canadians were willing to take short-term positions, term research positions with

pas imposer de fardeau indû aux non-citoyens dans un effort louable de promouvoir la citoyenneté canadienne.

(3) L'atteinte minimale

Passons au critère de l'atteinte minimale qui consiste à déterminer s'il existe d'autres moyens moins attentatoires de valoriser la citoyenneté chez les fonctionnaires. Avant d'examiner en détail d'éventuelles solutions de rechange, il faut signaler les caractéristiques de l'al. 16(4)(c) qui le rendent moins attentatoire qu'il pourrait l'être. Parmi ces caractéristiques, il y a (1) le fait qu'il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale, (2) le fait qu'elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique, (3) le fait qu'elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public, et non à l'étape de l'établissement du répertoire ou de la liste d'admissibilité, et (4) le fait que le Canada permet la double citoyenneté, de telle sorte que le droit canadien n'oblige pas les non-citoyens à choisir entre leur citoyenneté étrangère et l'accès à la fonction publique. Ces facteurs sont tous reconnus par la Cour d'appel, qui note aussi que la préférence est en fin de compte discrétionnaire. Selon moi, les facteurs se rapportent tous à la question de savoir si l'al. 16(4)(c) se situe à l'intérieur de la « gamme de mesures raisonnables » qu'autorise l'article premier de la *Charte* : *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160.

La caractéristique de l'al. 16(4)(c) est d'accorder une simple préférence aux citoyens canadiens, sans exclure totalement les non-citoyens. Des non-citoyens sont souvent présentés dans le cadre de concours publics soit de pair avec des citoyens canadiens qualifiés, soit après l'épuisement de la liste des citoyens qualifiés. Bien que le premier cas se présente rarement, le directeur de la CFP, Peter Stewart, témoin des intimées, s'est rappelé que quelques présentations de ce type ont eu lieu au cours de l'année qui a précédé l'audience en première instance. Il s'est souvenu d'un plus grand nombre de présentations du deuxième type : des affectations de bibliothécaires dans le cadre du programme

Agriculture Canada where the requirements were highly stringent, and a position at the Department of Justice requiring, among other things, experience and knowledge of war crimes trials and German fluency. Indeed, the appellants Bailey and To-Thanh-Hien were themselves referred to open competition; the former was referred the year she arrived to Canada, and the latter was referred both before and after obtaining Canadian citizenship.

A second feature of s. 16(4)(c) is that it does not apply to closed competition. This restriction cannot be underestimated; it means the vast majority of Public Service positions are equally extended to citizens and non-citizens. While this provides little comfort to those who lack the experience generally required of closed competitions — and who therefore must seek promotion through open competition — such a lack of experience is not unique to non-citizens. Many citizens who are members of the Public Service lack extensive experience and thus, like the appellant Bailey, seek promotion through open competition rather than closed. The desire to do this stems from a strategic decision to seek a job that does not require experience rather than to seek one that does. Thus, while I accept that Bailey's opportunities for promotion are less than her colleagues', I think this is only partly because of the citizenship preference and also because of her lack of experience. More compelling, in my view, is the fact that she is as eligible as any Canadian citizen to compete in the vast majority of Public Service competitions.

Third, s. 16(4)(c) only applies to the referral stage of open competition. This means that non-citizens are equally entitled to submit applications to the PSC inventory and, for the purposes of this

d'enseignement coopératif, quand aucun Canadien qualifié n'avait posé de candidature; des postes en informatique, quand aucun Canadien qualifié ne voulait accepter une nomination à court terme; des postes de chercheur d'une durée déterminée au ministère de l'Agriculture du Canada, dont les exigences étaient très rigoureuses; un poste au ministère de la Justice nécessitant entre autres choses de l'expérience et des connaissances relatives aux procès pour crimes de guerre et la maîtrise de l'allemand. De fait, les appelantes Bailey et To-Thanh-Hien ont elles-mêmes été présentées dans le cadre d'un concours public; la première l'année de son arrivée au Canada, la seconde, avant et après l'obtention de la citoyenneté canadienne.

La deuxième caractéristique de l'al. 16(4)c) est qu'il ne s'applique pas au concours interne. Cette restriction ne doit pas être sous-estimée; elle signifie que la vaste majorité des postes dans la fonction publique sont également offerts aux citoyens et aux non-citoyens. Même si cette réalité offre une maigre consolation aux personnes qui n'ont pas l'expérience généralement exigée dans les concours internes — et qui ne peuvent donc obtenir de l'avancement qu'en participant à des concours publics, l'expérience ne fait pas défaut seulement aux non-citoyens. De nombreux citoyens membres de la fonction publique n'ont pas une grande expérience et, comme l'appelante Bailey, tentent d'obtenir de l'avancement par concours publics, plutôt que concours internes. Cela découle de la décision stratégique de postuler un emploi n'exigeant pas d'expérience au lieu d'en rechercher un qui en exige. Donc, même si je conviens que les possibilités d'avancement de M^{me} Bailey sont moins grandes que celles de ses collègues, je crois que cela est imputable en partie seulement à la préférence fondée sur la citoyenneté et tient aussi à son manque d'expérience. À mon sens, le fait qu'elle puisse prendre part, comme tout citoyen canadien, à la très grande majorité des concours de la fonction publique est un élément encore plus décisif.

Troisièmement, l'alinéa 16(4)c) ne s'applique qu'à l'étape de la présentation dans un concours public. Ainsi, un non-citoyen est admis à soumettre sa candidature en vue de son inscription au

appeal, equally eligible for Public Service employment once referred to the requesting department. This substantially increases their chances of Public Service employment: if the preference applied to non-citizens at the inventory stage, it would amount to an all-out ban given the demand for Public Service jobs among citizens.

65 Finally, Parliament has substantially reduced the burden on non-citizens by permitting them to hold dual citizenship upon naturalizing in Canada. This spares many immigrants the choice between becoming a Canadian citizen (and assuming all of the privileges and responsibilities thereof) and maintaining citizenship in their country of origin. While it does not assist individuals like Bailey and Lavoie, whose countries of origin do not permit dual citizenship, this can hardly be considered the responsibility of the Canadian government. On the contrary, the burden faced by such individuals is a combination of their own countries' legislation and their personal decision to maintain citizenship abroad. Parliament cannot be expected to abandon its citizenship preference in order to lessen this burden, much less to establish a regime that furthers its objective in an entirely different way.

66 Despite these features of s. 16(4)(c), parliamentary committees have twice recommended the repeal of the citizenship preference, and other jurisdictions have enacted arguably less impairing restrictions. Linden J.A. summarized these alternatives, and the jurisdictions that have adopted them, as follows (at para. 206):

First, the preference could be legislated to apply only after a functional analysis of the open position revealed it to be one which was appropriate for non-citizens. This is not unlike the citizenship preference employed in the 50 states of the United States. Similarly, evidence was adduced in this case to explain that New Zealand imposes a citizenship requirement for positions which can be classified as "security positions." Second, the preference could be legislated to apply only after people were eligible for citizenship and chose not to apply for it. This is similar to the citizenship preference as it exists

répertoire de la CFP et, pour les besoins du pourvoi, il est également admissible à un emploi dans la fonction publique quand il est présenté au ministère d'embauche. Cela accroît considérablement ses chances d'emploi dans la fonction publique : si la préférence s'appliquait aux non-citoyens à l'étape de l'établissement du répertoire, il en résulterait une exclusion totale vu le nombre de citoyens qui se portent candidats à l'emploi dans la fonction publique.

Enfin, le législateur a sensiblement réduit le fardeau imposé aux non-citoyens en leur permettant de conserver leur citoyenneté d'origine après leur naturalisation au Canada. Cette mesure évite à de nombreux immigrants d'avoir à choisir entre la citoyenneté canadienne (avec ses privilèges et ses obligations) et leur nationalité d'origine. Ceci n'est d'aucun secours pour les personnes qui, comme M^{mes} Bailey et Lavoie, viennent de pays qui n'autorisent pas la double nationalité, mais on peut difficilement en tenir responsable le gouvernement canadien. Au contraire, le fardeau imposé à ces personnes découle en partie de la législation de leur pays d'origine et en partie de leur décision personnelle de conserver leur citoyenneté étrangère. On ne peut s'attendre à ce que le législateur renonce à la préférence fondée sur la citoyenneté pour alléger ce fardeau, et encore moins à ce qu'il établisse un régime qui favorise la réalisation de son objectif d'une manière totalement différente.

Malgré ces caractéristiques de l'al. 16(4)c), des commissions parlementaires ont recommandé par deux fois l'abrogation de la préférence fondée sur la citoyenneté, et d'autres ressorts ont adopté des restrictions que l'on dit moins attentatoires. Le juge Linden énumère d'autres options et les ressorts qui les ont adoptées (au par. 206) :

D'abord, la loi pourrait prévoir que la préférence ne s'appliquerait que lorsqu'une analyse fonctionnelle révélerait que le poste vacant pourrait très bien être confié à des non-citoyens. Cela ressemble un peu à la préférence qui est accordée aux citoyens dans les 50 États des États-Unis. De même, des éléments de preuve ont été produits en l'espèce pour expliquer que la Nouvelle-Zélande exige la citoyenneté de toute personne occupant un poste en rapport avec la sécurité. Deuxièmement, la loi pourrait prévoir que la préférence ne s'applique qu'aux personnes qui choisissent de ne pas se faire naturaliser alors

in Australia. . . . Third, the citizenship preference could be eliminated in the case of permanent residents, but maintained for non-landed visa holders. . . . Fourth, the citizenship preference could apply as a true affirmative action program — if all other considerations were equal, citizens would be preferred over non-citizens. Finally, the preference could be struck entirely, following which the Commission could rely on subsection 12(3) of the PSEA, which would permit a position to be limited on the basis of a *bona fide* occupational requirement, e.g., a residence requirement to ensure familiarity with the country, and perhaps commitment and loyalty with regards to those positions which require it. [Emphasis added.]

In assessing these alternatives, it is crucial not to lose sight of the objective underlying the legislation; as I stressed in *Thomson Newspapers, supra*, the point is not just to look for anything less intrusive, but something that would fulfill the objective less intrusively. In this regard, I am sceptical whether a “political function” test would accomplish the objectives articulated by the respondents in this case. While such a rule would no doubt impair s. 15(1) less than the current rule, in my view it would decrease the incentive to naturalize and erode the value of Canadian citizenship. The notion that certain employment functions enhance Canadian citizenship more than others is not only counterintuitive, but it undermines the ideal of an open and egalitarian Public Service. This was affirmed at trial by Mr. Carson, who noted that such distinctions would fragment the Public Service and subject employees to different rules and regulations. Even assuming this were administratively possible, it would certainly require arbitrary distinctions between different classes of employment. At what point does a position become so “political” that it enhances the value of Canadian citizenship? Perhaps such a point exists; however, I am more inclined to the view that all jobs are worthy of equal respect, and that drawing distinctions based on political function would, in light of Parliament’s stated objectives, implicitly denigrate certain types of work.

qu’elles en ont la possibilité. C’est sous cette forme-là que se présente en Australie la préférence accordée aux citoyens. [. . .] Troisièmement, la préférence fondée sur la citoyenneté pourrait être abolie pour les résidents permanents et conservée pour les étrangers détenteurs d’un visa mais ne possédant pas le droit d’établissement. [. . .] Quatrièmement, la préférence accordée aux citoyens pourrait être considérée comme un véritable programme d’action positive — à mérite égal, la préférence serait accordée aux citoyens. Enfin, la préférence en question pourrait être abolie entièrement, après quoi la Commission pourrait avoir recours au paragraphe 12(3) de la LEFP, afin de fixer, pour tel ou tel poste, une exigence professionnelle réelle et, par exemple, imposer une condition de résidence permettant d’assurer que le candidat connaît bien le pays, ou exiger un certain degré d’engagement et de loyauté pour les postes où cela s’impose. [Je souligne.]

Il est crucial, dans l’évaluation de ces autres options, de ne pas perdre de vue l’objectif de la loi. Je souligne dans *Thomson Newspapers*, précité, qu’il s’agit non pas de chercher n’importe quelle solution moins attentatoire, mais de déterminer quelle solution permettrait d’atteindre l’objectif avec une atteinte moindre. À cet égard, je doute que le critère de la « fonction politique » permette de réaliser les objectifs énoncés par les intimées en l’espèce. Un tel critère serait une atteinte moindre au par. 15(1) que la règle actuelle, mais je crois qu’il réduirait l’incitation à la naturalisation et diminuerait la valeur de la citoyenneté canadienne. L’idée que l’exercice de certaines fonctions valorise davantage la citoyenneté canadienne que d’autres est non seulement contre-intuitive, mais contraire à l’idéal d’une fonction publique ouverte et égalitaire. C’est ce que dit M. Carson dans son témoignage quand il signale que des distinctions de ce type fragmenteraient la fonction publique et soumettraient les employés à des règles différentes. Même en supposant que ce soit administrativement possible, il faudrait certainement établir des distinctions arbitraires entre différentes catégories d’emplois. À quel moment un poste devient-il « politique » au point de valoriser la citoyenneté canadienne? Il est peut-être possible de déterminer un seuil, mais je suis plus enclin à considérer que tous les emplois méritent un respect égal et que l’établissement de distinctions fondées sur la fonction politique, compte tenu des objectifs énoncés par le législateur, déprécierait implicitement certains types d’emploi.

68

Of the remaining alternatives, I am most compelled by the Australian model of referring permanent residents to open competition pending the outcome of their citizenship applications. To the extent permanent residents are committed to Canadian citizenship but nevertheless burdened by citizenship preferences, s. 16(4)(c) of the *PSEA* might be considered overbroad. Indeed, it may be argued that the Australian model increases the incentive to naturalize so that permanent residents can remain in the Public Service after they become eligible for citizenship. That being said, the Australian model presents some obvious administrative difficulties. As noted in the American case of *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977), at pp. 45-46, such a scheme “would be excessively disruptive to the service, in that significant numbers of alien employees would automatically be terminated upon their failure, for one reason or another, to become naturalized”. These difficulties would be especially acute in Canada, where an unsuccessful applicant would technically be entitled to keep her job if there were not sufficiently qualified Canadians; thus, the Commission would presumably have to conduct an open competition every time a probationary employee failed to naturalize. It was for such reasons that the trial judge rejected this alternative, reiterating the importance of deferring to Parliament’s discretion. Moreover, it is not even clear that the Australian model is less impairing than the Canadian one: not only does Australia prohibit dual citizenship, but it creates an all-out restriction on non-citizens who are not seeking or who fail to obtain naturalization. This seems entirely unwelcoming to those permanent residents who do not apply for citizenship, as opposed to the across-the-board preference in effect in Canada. Indeed, the Australian model would have been of no assistance to the appellants Bailey and Lavoie.

69

In the final analysis, there is little doubt that certain individuals fall through the cracks of s. 16(4)(c) of the *PSEA*: those who are committed to naturalization and awaiting final determination of their

Parmi les autres options, celle retenue par l’Australie, qui permet à un résident permanent d’être présenté dans le cadre d’un concours public pendant l’examen de sa demande de citoyenneté, est la plus attrayante. Dans la mesure où un résident permanent qui a demandé la citoyenneté est limité par la préférence fondée sur la citoyenneté, on pourrait penser que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* a une portée trop étendue. On peut en effet soutenir que le modèle australien incite davantage les résidents permanents à se faire naturaliser s’ils veulent demeurer dans la fonction publique une fois qu’ils sont devenus admissibles à la citoyenneté. Cependant, le modèle australien comporte des difficultés administratives évidentes. Comme le signale la Cour suprême des États-Unis dans *Mow Sun Wong c. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977), p. 45-46, l’adoption d’un tel régime [TRADUCTION] « causerait trop de perturbations dans l’administration, puisqu’un grand nombre d’employés étrangers seraient automatiquement congédiés s’ils ne se faisaient pas naturaliser, pour une raison ou une autre ». Ces difficultés seraient particulièrement aiguës au Canada, puisqu’une personne dont la demande serait rejetée pourrait techniquement conserver son emploi s’il n’y avait pas suffisamment de Canadiens qualifiés; on peut donc présumer que la Commission devrait tenir un concours public chaque fois qu’un employé stagiaire ne se ferait pas naturaliser. C’est pour ces raisons que le juge de première instance a écarté cette option en rappelant la déférence due à la discrétion du législateur. Qui plus est, il n’est même pas certain que le modèle australien soit moins attentatoire que le canadien : non seulement l’Australie n’admet pas la double citoyenneté, mais elle prévoit l’exclusion totale du non-citoyen qui ne demande pas la naturalisation ou qui ne réussit pas à l’obtenir. Comparées à la préférence générale appliquée au Canada, ces mesures paraissent très inhospitalières à l’égard des résidents permanents qui ne demandent pas la citoyenneté. En outre, le modèle australien n’aurait été d’aucun secours pour les appelantes Bailey et Lavoie.

En dernière analyse, on peut difficilement douter que certaines personnes sont victimes des failles de l’al. 16(4)c) de la *LEFP* : celles qui ont demandé la naturalisation et qui attendent une

citizenship application; those who are committed to naturalization but have legitimate reasons for maintaining permanent resident status; and, perhaps, those who are otherwise qualified for the Public Service and whose full-time employment would in no way undercut Parliament's objectives. What is less certain, however, is whether a reasonable alternative is available that would fill these cracks in a fair, consistent and principled manner. In this regard, I am struck by the fact that Parliament has repeatedly considered less intrusive ways of furthering its citizenship policy and in some cases has lessened the burden on non-citizens. The most obvious example is in 1961 when Parliament changed the restriction on non-citizens to a preference and thereby departed from the path taken by numerous other countries. This amendment was followed by numerous reviews of the citizenship preference between 1961 and 1985: a 1967 overhaul of the legislative scheme which did not question the value of the preference; a 1974 parliamentary committee which re-examined the preferences in the *PSEA* and recommended the retention of the citizenship preference; a 1979 report by the D'Avignon Committee recommending the extension of the preference to permanent residents; and a 1985 parliamentary committee which recommended, to no avail, that the citizenship preference be eliminated: see *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1985); *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights* (1986). In my view, the fact that Parliament did not adopt the position of the D'Avignon and Equality Rights Committees is not a reason to fail the minimum impairment test; on the contrary, it is evidence that Parliament has conscientiously considered alternatives to s. 16(4)(c) and chosen not to pursue them. The role of this Court is not to order that Parliament should have decided otherwise. This is precisely the type of policy review that is beyond our reach, particularly given the delicate balancing that is required in this area of the law.

réponse finale à leur demande de citoyenneté; celles qui ont demandé la naturalisation, mais qui ont des motifs légitimes de conserver leur statut de résident permanent; et, peut-être, celles qui sont par ailleurs qualifiées pour un emploi dans la fonction publique et dont l'emploi à titre permanent n'irait aucunement à l'encontre des objectifs du législateur. Il est moins certain, toutefois, qu'il existe une option raisonnable qui comblerait ces lacunes d'une manière juste, cohérente et probe. Je suis frappé, à cet égard, par le fait que le législateur a envisagé plusieurs fois des moyens moins attentatoires de promouvoir sa politique de citoyenneté et, dans certains cas, a atténué le fardeau imposé aux non-citoyens. L'exemple le plus patent date de 1961 quand le législateur a remplacé l'exclusion des non-citoyens par une préférence fondée sur la citoyenneté et s'est ainsi démarqué de nombreux pays. Cette préférence a par la suite fait l'objet de nombreux examens de 1961 à 1985 : la refonte de tout le régime en 1967, qui n'a pas remis en cause la valeur de la préférence; la commission parlementaire de 1974 qui a réexaminé les préférences établies par la *LEFP* et a recommandé le maintien de celle fondée sur la citoyenneté; le rapport du comité D'Avignon en 1979 recommandant d'étendre aux résidents permanents la préférence fondée sur la citoyenneté; et le Comité permanent qui a recommandé sans succès en 1985 la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté : voir *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1985); *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité* (1986). À mon avis, le fait que le législateur n'a pas suivi les recommandations du comité D'Avignon et celles des comités sur les droits à l'égalité ne signifie pas l'échec au critère de l'atteinte minimale; au contraire, cela prouve que le législateur a consciencieusement envisagé des options autres que l'al. 16(4)c) et a décidé de ne pas les adopter. Il n'appartient pas à notre Cour de décréter que le législateur aurait dû prendre une autre décision. Il s'agit précisément du genre d'examen de la politique qui échappe à notre pouvoir, étant donné tout particulièrement l'équilibre délicat à réaliser dans ce domaine du droit.

(4) Final Balancing

70

Having passed the minimum impairment stage, the final stage asks whether the infringing effects of s. 16(4)(c) outweigh the importance of the objective sought. This final stage should not, as I pointed out in *Thomson Newspapers*, *supra*, be conflated with the first three stages. If the first three relate to reasonableness of the legislation itself, the fourth examines the nature of the infringement and asks whether its costs outweigh its benefits. The implication of finding a violation at the fourth stage is that even a minimum level of impairment is too much: the costs to the claimant so outweigh the benefits that no solace can be found in the fact that the legislation violates the *Charter* “as little as reasonably possible”. Moreover, if the costs of the legislation are significant enough, and the legislation only partially achieves its objectives, greater evidence of its benefits may be necessary in order to survive s. 1: see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889. In *Thomson Newspapers*, I summarized the proper approach as follows, at para. 125:

The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*.

On this point, the appellants argue that a preference in open competitions effectively prevents non-citizens from breaking into the Public Service. The reason for this is most positions within the Public Service are filled internally (up to 75-80 percent in a given year), such that giving citizens preferential treatment in open competition effectively denies non-citizens their only opportunity to enter the Public Service. In addition, the citizenship preference is said to preclude non-citizens from valuable promotions once they become employees of the Public Service. The parties acknowledge, of course, that any burden imposed by s. 16(4)(c) is temporally limited for those non-citizens who successfully undergo the naturalization process.

(4) La pondération finale

Après l'atteinte minimale, l'étape finale consiste à décider si les effets attentatoires de l'al. 16(4)(c) surpassent en importance l'objectif poursuivi. Comme je le fais remarquer dans *Thomson Newspapers*, précité, ce dernier volet de l'analyse ne doit pas être confondu avec les autres. Si les trois premiers ont trait au caractère raisonnable de la loi comme telle, le quatrième se rapporte à la nature de l'atteinte et vise à déterminer si les coûts l'emportent sur les avantages. Conclure à la quatrième étape à l'existence d'une violation signifie que même une atteinte minimale est trop coûteuse : les coûts pour le demandeur l'emportent tellement sur les avantages qu'on ne peut tirer réconfort du fait que la loi porte atteinte à la *Charte* « aussi peu que raisonnablement possible ». De plus, lorsque les coûts de la loi sont suffisamment importants et que la loi n'atteint que partiellement ses objectifs, une preuve plus soutenue de ses avantages peut être nécessaire pour survivre à l'analyse selon l'article premier : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, par. 125, je résume la démarche requise comme ceci :

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

À ce chapitre, les appelantes font valoir que la préférence dans les concours publics empêche en fait les non-citoyens d'accéder à la fonction publique. La raison en est que la plupart des postes sont dotés à l'interne (dans une proportion atteignant 75-80 p. 100 dans une année), de sorte que le traitement préférentiel accordé aux citoyens dans les concours publics prive dans les faits les non-citoyens de leur seule possibilité d'entrer dans la fonction publique. En outre, elles prétendent que la préférence fondée sur la citoyenneté empêche les non-citoyens en poste dans la fonction publique d'obtenir des promotions intéressantes. Les parties reconnaissent bien sûr que tout fardeau imposé par l'al. 16(4)(c) est limité dans le temps pour les non-citoyens qui demandent et obtiennent la citoyenneté.

In my view, the appellants' argument assumes that lifting the citizenship preference in open competition would substantially increase the employment prospects of non-citizens. However, the fact that most positions are filled internally shows that it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; thus, the latter's disadvantage relative to the former does not appear significant. This is not to deny that some non-citizens would have jobs in the Public Service but for the citizenship preference; however, given the scarcity of Public Service openings and the resultant competitiveness of the positions, I do not think these exceptional cases ground a constitutional violation. With respect to promotions within the Public Service, I acknowledge that non-citizens are at a disadvantage relative to their colleagues when it comes to promotion by open competition. This is essentially the complaint of the appellant Bailey, who was already a member of the Public Service when she applied for various open competitions but was excluded because of her citizenship. However, the record shows that promotion via open competition is a distinct possibility for non-citizens, and indeed that Bailey herself was successful in some cases. Moreover, non-citizens who are members of the Public Service have unfettered access to closed competitions, which are by far the more conventional avenue of Public Service promotion. For these reasons, I have difficulty characterizing the effect of s. 16(4)(c) as a disproportionate and unjustified breach of the *Charter*. Absent greater evidence of the prevalence of this problem, or of the impact on the claimants' career prospects, I do not think the inconvenience they suffered is too high a price to pay for the government's right to define the rights and privileges of its citizens.

VI. Conclusion

Based on the foregoing, I conclude that s. 16(4)(c) is a breach of s. 15(1) of the *Charter* that can be demonstrably justified in a free and democratic society. I acknowledge that the legislation creates differential treatment which, in some cases,

À mon avis, la thèse des appelantes suppose que la suppression de la préférence fondée sur la citoyenneté dans les concours publics augmenterait sensiblement les possibilités d'emploi des non-citoyens. Cependant, comme la plupart des postes sont dotés par concours interne, il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique; ainsi, le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important. Je ne nie pas que certains non-citoyens auraient pu obtenir un emploi dans la fonction publique n'eût été la préférence fondée sur la citoyenneté; toutefois, vu la rareté des ouvertures et la concurrence qui en résulte, je ne crois pas que ces cas exceptionnels puissent étayer une allégation d'atteinte à la Constitution. En ce qui concerne les promotions dans la fonction publique, je reconnais qu'un non-citoyen subit un désavantage par rapport à ses collègues lorsqu'il s'agit d'obtenir une promotion par voie de concours public. C'est ce que prétend essentiellement l'appelante Bailey, qui faisait déjà partie de la fonction publique lorsqu'elle s'est présentée à différents concours publics et a été exclue en raison de sa citoyenneté. Cependant, le dossier révèle que l'avancement par voie de concours public constitue une possibilité réelle pour les non-citoyens et même que M^{me} Bailey a postulé avec succès dans certains cas. De plus, les non-citoyens qui sont membres de la fonction publique ont un accès inconditionnel aux concours internes, lesquels constituent de loin le moyen le plus usité d'obtenir de l'avancement dans la fonction publique. Pour ces motifs, j'ai de la difficulté à qualifier l'al. 16(4)c) d'atteinte disproportionnée et injustifiée à la *Charte*. À défaut de preuve plus soutenue de l'ampleur du problème ou des répercussions sur les perspectives de carrière des appelantes, je ne crois pas que les inconvénients subis représentent un prix trop élevé pour permettre à l'État de définir les droits et les privilèges de ses citoyens.

VI. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'al. 16(4)c) porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, mais que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je reconnais que la loi donne lieu à des différences

functions to impair the dignity and freedom of non-citizens. However, I note that the *Charter* permits certain forms of discrimination where they pursue an important objective in a proportionate manner. I would therefore dismiss this appeal with costs in this Court, substantially for the same reasons as *Wetston J. and Desjardins J.A.* I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does paragraph 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, on its own or in its effect, discriminate against persons on the basis of citizenship by providing a preference to Canadian citizens over non-citizens in open competitions in the federal public service, contrary to section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question one is yes, is the discrimination a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

The following are the reasons delivered by

73

ARBOUR J. — I have read Justice Bastarache's thorough reasons and, although I would also dismiss the appeal, I would do so for different reasons. In my view, s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 ("PSEA"), does not infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On this record, I cannot conclude that the third branch of the test in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, is met and that the law discriminates.

74

Had I found a breach of s. 15(1) I would have been unable to save it under s. 1, if for no other reason than that I cannot be persuaded that the federal objective of promoting the acquisition of

de traitement qui, dans certains cas, ont pour effet de porter atteinte à la dignité et à la liberté de non-citoyens. Toutefois, je remarque que la *Charte* autorise certaines formes de discrimination lorsqu'elles permettent de réaliser un objectif important de manière proportionnée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant notre Cour, essentiellement pour les mêmes motifs que les juges *Wetston et Desjardins*. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. L'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, établit-il, en soi ou dans son application, une discrimination fondée sur la citoyenneté en accordant une préférence aux citoyens canadiens par rapport aux non-citoyens canadiens dans le cadre d'un concours public au sein de la fonction publique fédérale, en contravention du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, cette discrimination constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR — J'ai lu les motifs détaillés du juge Bastarache et, bien que j'estime comme lui qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, je le fais pour des motifs différents. À mon avis, l'alinéa 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« LEFP »), ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ne peux conclure que ce dossier satisfait aux exigences du troisième volet du test de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et que la loi est discriminatoire.

Si j'avais constaté une atteinte au par. 15(1), je n'aurais pu la justifier en vertu de l'article premier, ne serait-ce que parce que je ne suis pas convaincue que l'objectif fédéral de promouvoir l'obtention de

citizenship is sufficiently pressing to be pursued by discriminatory means.

I. Section 15(1)

As my colleague Bastarache J. has pointed out, the proper approach to conducting a s. 15(1) analysis was set out by this Court in *Law, supra*. A summary of that approach is already provided in Bastarache J.'s reasons. Nevertheless, it bears repeating (*Law*, at para. 88):

... a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

Of these three inquiries, the third is undoubtedly, as Bastarache J. suggests, at para. 38, "the most challenging". It is also this third inquiry that has traditionally received the least amount of attention from the courts, and upon which this Court in particular has only recently begun to provide guidance. We would do well, then, to remind ourselves of the exact purpose and function of this third branch of the *Law* test.

At the heart of the third *Law* inquiry is the recognition that not all distinctions resulting in

la citoyenneté est suffisamment urgent pour justifier le recours à des moyens discriminatoires.

I. Le paragraphe 15(1)

Comme le note mon collègue le juge Bastarache, la façon appropriée de procéder à l'analyse selon le par. 15(1) est énoncée par la Cour dans *Law*. Il résume cette démarche dans ses motifs, mais il y a lieu de la citer de nouveau (*Law*, par. 88) :

... le tribunal ayant à se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) doit se poser trois grandes questions :

- (A) La loi contestée : a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

De ces trois questions, la troisième est incontestablement « la plus difficile » comme le mentionne le juge Bastarache (par. 38). C'est aussi celle qui a traditionnellement reçu le moins d'attention des tribunaux, et celle pour laquelle notre Cour en particulier n'a que récemment commencé à établir des directives. Il y a donc lieu de nous remémorer l'objet et la fonction exacts de ce troisième volet du test de l'arrêt *Law*.

Au cœur de la troisième question de *Law* se trouve la reconnaissance du fait que les distinctions

differential treatment at law can properly be said to violate equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. This proposition finds support in a number of judgments of this Court going back at least as far as *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69:

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. . . . The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society.

These reflections, as McIntyre J. noted in that case, immediately give rise to the following question: “What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions?” (p. 169).

77 This Court has consistently answered that question in the following manner: ‘those and only those distinctions that are (a) based on enumerated or analogous grounds, and (b) discriminatory, will violate the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter*. Hence the three broad inquiries that were set out in *Law*.

78 It cannot be overemphasized that the third *Law* inquiry, requiring an investigation into whether a legal distinction made on enumerated or analogous grounds is discriminatory, is as vital to determining the presence of a s. 15(1) violation as are the other two. Thus, it is important to be clear about precisely what is entailed by such an investigation.

79 In *Law*, this Court stated in unequivocal terms that the appropriate perspective from which to analyse a claim of discrimination has both a subjective and an objective component (at para. 59):

As applied in practice in several of this Court’s equality decisions, . . . the focus of the discrimination inquiry is both subjective and objective: subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances; and objective in so far as it is possible to

donnant lieu à une différence de traitement devant la loi ne portent pas atteinte à l’égalité garantie au par. 15(1) de la *Charte*. Cette proposition est appuyée par plusieurs arrêts de la Cour remontant au moins aussi loin que *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 168-169 :

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d’égalité de l’art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. [. . .] La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l’application de règles, de règlements, d’exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne.

Ces réflexions, comme le note le juge McIntyre dans cette affaire, conduisent immédiatement à la question suivante : « Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions? » (p. 169).

Notre Cour a invariablement répondu que seules les distinctions qui sont a) fondées sur des motifs énumérés ou analogues et b) qui sont discriminatoires violent la garantie d’égalité du par. 15(1) de la *Charte*. D’où les trois grandes questions de l’arrêt *Law*.

On ne peut trop souligner que la troisième question de l’arrêt *Law*, obligeant à se demander si une distinction légale fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire, est aussi vitale que les deux autres pour déterminer la présence d’une atteinte au par. 15(1). Il importe donc de déterminer clairement ce que cela implique.

Dans *Law*, la Cour dit sans équivoque que le point de vue approprié pour l’analyse d’une alléga-tion de discrimination comporte une partie subjective et une partie objective (au par. 59) :

Comme cela a été appliqué en pratique à l’occasion de plusieurs arrêts de notre Cour en matière d’égalité [. . .] le point central de l’analyse relative à la discrimination est à la fois subjectif et objectif : subjectif dans la mesure où le droit à l’égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des

determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances. The objective component means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law.

Iacobucci J. went on to say, "the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60). For clarity, he added that "the appropriate perspective is not solely that of a 'reasonable person' — a perspective which could, through misapplication, serve as a vehicle for the imposition of community prejudices. The appropriate perspective is subjective-objective" (para. 61).

I do not see how these authoritative statements can be squared with Bastarache J.'s suggestion, in the case at bar, that the discrimination inquiry "is to be assessed from the perspective of the claimant" (para. 38) and that "[e]ven if the non-citizen knows the preference has nothing to do with her capabilities — as most reasonable people would — she may still feel 'less . . . worthy of recognition . . . as a member of Canadian society'" (para. 46). It is this aspect of human dignity which is most relevant to this appeal. In my view, the latter comments have the effect of reading out the requirement of an objective component in the analysis of claims of discrimination. To do so would be to allow, contrary to the dictum in *Law*, that it is after all sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert without more that his or her dignity has been adversely affected by a law.

There are strong reasons for resisting this result. To begin with, we cannot accede to it without doing irrevocable damage to the *Law* methodology for assessing equality claims under the *Charter*. The third inquiry set out in *Law* would be rendered vacuous were we to resort to a purely subjective

caractéristiques et une situation propres; et objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables. La partie objective signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention.

Le juge Iacobucci ajoute que « le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (par. 60). Il explique ensuite que « la perspective appropriée n'est pas seulement celle de la "personne raisonnable" — une perspective qui, mal appliquée, pourrait servir à véhiculer les préjugés de la collectivité. La perspective appropriée est subjective-objective » (par. 61).

Je ne vois pas comment ces énoncés sont compatibles avec l'observation du juge Bastarache en l'espèce que la question de la discrimination « doit être examinée du point de vue du demandeur » (par. 38) et que « [m]ême si le non-citoyen sait que la préférence n'a rien à voir avec ses capacités personnelles — comme le comprendraient la plupart des personnes raisonnables — il peut néanmoins se sentir "moins digne d'être reconnu [. . .] en tant [. . .] que membre de la société canadienne" » (par. 46). Il s'agit de l'aspect de la dignité humaine qui est le plus pertinent dans le cadre du présent pourvoi. À mon avis, ces derniers commentaires ont pour effet d'exclure la partie objective de l'analyse des allégations de discrimination. Cela reviendrait à admettre, contrairement à ce que dit l'arrêt *Law*, qu'il suffit après tout, pour étayer une allégation en vertu du par. 15(1), que le demandeur affirme, sans plus, que sa dignité a souffert en raison d'une loi.

D'importantes raisons militent contre ce résultat. D'abord, nous ne pouvons l'accepter sans porter un tort irrévocable à la méthode adoptée dans *Law* pour l'appréciation des revendications d'égalité fondées sur la *Charte*. La troisième question de *Law* perdrait tout son sens si nous adoptions une perspective

perspective in analysing claims of discrimination. Indeed, if the claimant's own subjective experience of discrimination were all that mattered, we might legitimately take the fact that he or she had launched a s. 15(1) *Charter* challenge, by itself, as sufficient evidence that the claimant felt his or her dignity had been adversely affected by a law. The discrimination inquiry would thus be trivially satisfied in every case before the courts, shifting the entire analytical burden in assessing equality claims under s. 15(1) to the first two inquiries set out in *Law*.

purement subjective pour analyser les allégations de discrimination. En fait, si seule importait l'expérience subjective de discrimination du demandeur, nous pourrions légitimement considérer que le fait d'avoir engagé une contestation fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* est une preuve suffisante en soi que le demandeur s'est senti atteint dans sa dignité par une loi. La question de la discrimination deviendrait une question triviale devant les tribunaux, et tout le fardeau analytique de l'appréciation des allégations de discrimination en vertu du par. 15(1) serait reporté sur les deux premières questions formulées dans l'arrêt *Law*.

82

This in turn would be tantamount to adopting an approach to equality jurisprudence that was expressly repudiated by this Court in *Andrews*. If nothing else, *Andrews* stands for the proposition that a straight line should not be drawn from the finding of a distinction — even one made on enumerated or analogous grounds — to a determination of its validity under s. 1 of the *Charter*. Referring approvingly to comments made by McLachlin J.A. (as she then was) in the court below, McIntyre J. noted in that case that “the labelling of every legislative distinction as an infringement of s. 15(1) trivializes the fundamental rights guaranteed by the *Charter* . . .” (p. 181). In my view, the same holds true even when the distinction in question is made on enumerated or analogous grounds.

Cela reviendrait alors à adopter une approche de la jurisprudence sur l'égalité qui est expressément répudiée par la Cour dans *Andrews*. Pour le moins, l'arrêt *Andrews* étaye l'affirmation selon laquelle on ne devrait pas passer directement de la constatation d'une distinction — même fondée sur un motif énuméré ou analogue — à la détermination de sa validité en vertu de l'article premier de la *Charte*. En citant et en approuvant des commentaires faits par le juge McLachlin (alors juge à la Cour d'appel), le juge McIntyre note dans cette affaire que « qualifier chaque distinction législative de violation du par. 15(1) a pour effet de banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* » (p. 181). À mon avis, c'est tout aussi vrai lorsque la distinction en cause est fondée sur des motifs énumérés ou analogues.

83

In saying this, I do not mean to deny that there may in fact be certain legislative distinctions, such as those made on the basis of race, that can be labelled infringements of s. 15(1) without the need for a detailed investigation into whether or not they are discriminatory. Even allowing that there are such distinctions, we must not conclude that the discrimination inquiry is unnecessary and that it is sufficient, in order to establish a s. 15(1) violation, to demonstrate that a distinction has been made on enumerated or analogous grounds. Rather the labelling of such distinctions as s. 15(1) violations without the need for conducting a detailed discrimination inquiry is, as it were, the exception that proves the rule. There are some distinctions made on certain enumerated or analogous grounds — I refer again to those made on the basis of race as an obvi-

En disant cela, je ne nie pas que certaines distinctions créées par la loi, fondées par exemple sur la race, pourraient en fait être qualifiées d'atteintes au par. 15(1) sans qu'il soit nécessaire d'examiner de façon détaillée si elles sont discriminatoires ou non. Même si des distinctions de cette nature peuvent exister, nous ne devons pas conclure que l'analyse relative à la discrimination est inutile, et qu'il suffit, pour établir l'atteinte au par. 15(1), de démontrer qu'une distinction est basée sur des motifs énumérés ou analogues. En réalité, la caractérisation des distinctions de ce type comme atteintes au par. 15(1) sans examen détaillé de la discrimination serait plutôt l'exception qui confirme la règle. Il y a des distinctions fondées sur certains motifs énumérés ou analogues — je prends encore la race comme exemple évident — qu'une personne raisonnable ne

ous example — which a reasonable person could not but view as presumptively, if not unavoidably, discriminatory. The discrimination inquiry may get short-circuited where these kinds of distinctions are at issue, not because it is unnecessary or unimportant but because its outcome will seem all too readily apparent.

In most cases, however, the mere presence of a distinction made on enumerated or analogous grounds should not, in the absence of a detailed discrimination inquiry, determine the existence of an infringement under s. 15(1). An approach to equality jurisprudence that gives insufficient attention to the discrimination inquiry, as McIntyre J. observed in *Andrews*, “virtually denies any role for s. 15(1)” (p. 181). The following remarks, quoted by McIntyre J. from the judgment of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.), at pp. 367-68, illustrate what he meant by this (*Andrews*, *supra*, at p. 180):

The rights which it [s. 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

The reasons of my colleague Bastarache J. in the case at bar provide a striking example of this paradox.

Having moved quickly from a finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* makes a distinction on an enumerated or analogous ground to the conclusion that the claimants’ s. 15(1) rights were violated on the basis they felt subjectively discriminated against, Bastarache J. proceeds to find that the violation is justified under s. 1. For myself, I cannot accept that the violation of so sacrosanct a right as the guarantee of equality is justified where the government is pur-

pourrait faire autrement que de considérer comme présomptivement, si ce n’est inévitablement, discriminatoires. L’analyse de la discrimination peut être court-circuitée pour ce type de distinctions, non pas parce qu’elle est inutile et sans importance, mais parce que son résultat ne semble que trop évident.

Dans la plupart des cas, toutefois, la simple présence d’une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues ne devrait pas, sans analyse détaillée de la discrimination, déterminer l’existence d’une atteinte au sens du par. 15(1). Selon le juge McIntyre dans *Andrews*, une approche de la jurisprudence sur l’égalité qui n’accorde pas suffisamment d’attention à l’analyse de la discrimination « n’accorde pratiquement aucun rôle au par. 15(1) » (p. 181). Le juge McIntyre cite dans *Andrews*, p. 180, les remarques suivantes du juge Hugessen dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.), p. 367-368, qui illustrent bien ce qu’il veut dire :

Les droits qu’il [l’art. 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d’égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c’était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d’établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l’article 15 et devraient être justifiés aux termes de l’article premier. L’exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l’article premier pour la plupart des textes législatifs, l’autre choix étant l’anarchie, il existe un risque réel de paradoxe : plus grande sera la portée de l’article 15 plus il sera susceptible d’être privé de tout contenu réel.

Les motifs du juge Bastarache en l’espèce offrent un exemple frappant de ce paradoxe.

Étant passé rapidement de la constatation que l’al. 16(4)c) de la *LEFP* établit une distinction sur un motif énuméré ou analogue à la conclusion qu’il y a eu atteinte aux droits des appelantes en vertu du par. 15(1) parce qu’elles se sont senties subjectivement victimes de discrimination, le juge Bastarache poursuit en concluant que l’atteinte est justifiée en vertu de l’article premier. Pour ma part, je ne puis accepter que la violation d’un droit aussi sacré que

suing an objective as abstract and general as the promotion of naturalization. To find that this objective is sufficiently pressing and substantial to be pursued by discriminatory means would, I believe, leave scarcely any legitimate state objective seriously constrained by the constitutional fetter of equality. Nor can I be persuaded that a law that supposedly undermines the essential human dignity of the claimants, and is therefore considered sufficiently egregious to fail s. 15(1) scrutiny, is also properly characterized for the purposes of a s. 1 analysis as nothing more than an “inconvenience”, the price the claimants must “pay for the government’s right to define the rights and privileges of its citizens” (para. 71).

86

We must be careful, in our understandable eagerness to extend equality rights as widely as possible, to avoid stripping those rights of any meaningful content. Lack of care can only result in the creation of an equality guarantee that is far-reaching but wafer-thin, an expansive but insubstantial shield with which to fend off state incursions on our dignity and freedom. This of course is precisely the paradox that so exercised this Court in *Andrews*. It is a paradox that will prove inescapable if we are too quick to find s. 15(1) violations on the basis of a discrimination inquiry devoid of real content. For we shall then be forced in almost every case to turn to a justificatory analysis under s. 1 which, although suitably rigorous in other contexts, will inevitably become diluted in the s. 15(1) context. The *Oakes* test was not designed to bear the considerable strain of salvaging under s. 1 a plethora of laws that would otherwise offend a s. 15(1) analysis essentially lacking consideration for the existence of objectively discernible discrimination. Yet this is exactly what s. 1 is asked to do, on pain of unravelling the legislative process, when s. 15(1) infringements are too easily found. In response, courts are forced to engage in a s. 1 analysis that pays an undue amount of deference to the legislatures, both in the objectives they choose to pursue and in the means they adopt in pursuing them. For it is only by continually loosening the strictures imposed under the test that s. 1 can discharge the

le droit à l'égalité soit justifiée lorsque le gouvernement poursuit un objectif aussi abstrait et général que la promotion de la naturalisation. Conclure que cet objectif est suffisamment urgent et réel pour être poursuivi par des moyens discriminatoires aurait pour effet, selon moi, d'affranchir pratiquement tout objectif légitime de l'État de l'entrave constitutionnelle de l'égalité. Je ne suis pas non plus convaincue qu'une loi que l'on dit enfreindre la dignité humaine essentielle des appelantes, et qui est par conséquent considérée comme suffisamment outrageante pour ne pas satisfaire à l'examen en vertu du par. 15(1), peut aussi être décrite pour les besoins de l'article premier comme étant au plus un « inconvénient », le prix que les demandeurs doivent payer pour que l'État puisse définir les droits et les privilèges de ses citoyens (par. 71).

Dans notre empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, nous devons veiller à éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Le manque de vigilance ne peut qu'entraîner la création d'une garantie d'égalité de vaste étendue, mais superficielle, un bouclier large mais trop mince pour repousser les incursions de l'État dans notre dignité et notre liberté. C'est précisément le paradoxe qui préoccupait la Cour dans *Andrews*. C'est un paradoxe qui deviendra inéluctable si nous sommes trop pressés à conclure à des atteintes au par. 15(1) sur la base d'analyses sans profondeur de la discrimination. En effet, il nous faudra alors, dans presque tous les cas, recourir à une analyse de justification sous le régime de l'article premier qui, tout en restant dûment rigoureuse dans d'autres contextes, se diluera inévitablement dans le contexte du par. 15(1). Le test de l'arrêt *Oakes* n'a pas été conçu pour une énorme tâche de sauvetage, en vertu de l'article premier, d'une pléthore de lois jugées contrevenir au par. 15(1) au terme d'une analyse excluant essentiellement la considération de l'existence d'une discrimination objectivement discernable. Et pourtant, c'est exactement ce qu'on fait faire à l'article premier, sous peine de réduire en miettes le processus législatif, lorsqu'on conclut trop facilement à l'existence d'atteintes à l'art. 15. Les tribunaux sont alors obligés de procéder, dans le cadre de l'article premier, à une analyse empreinte d'une

onerous burden that it has been placed under. The problem is that in thus discharging its burden s. 1 effectively denudes the equality rights guaranteed under s. 15(1) of their meaning and content while paying lip service to a broad and generous concept of equality.

It would in my opinion be preferable, from the perspectives of analytical integrity, justificatory force and fidelity to this Court's prior equality jurisprudence, to avoid this paradox altogether. This can only be accomplished by allowing the third branch of the *Law* test — the discrimination inquiry — to do the kind of sorting that it was intended to do. Again, not all distinctions made on enumerated or analogous grounds constitute infringements of s. 15(1) of the *Charter*. We cannot do justice to this basic fact without recognizing that the proper perspective from which to analyse a claim of discrimination is not the claimant's perspective alone. Rather, as was stated by this Court in *Law*, "the relevant point of view is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60).

An appropriate emphasis on the objective component in the discrimination analysis, in addition to the subjective component, makes sense of the concept of equality rights in a way that an exclusive focus on the subjective component in the analysis cannot. Where conducting the discrimination analysis from the perspective of the claimant alone allows the fair terms of interaction between the individual and the state — the boundaries of individual rights — to be unilaterally determined by the claimant, attention to the objective component in the analysis recognizes the essentially bilateral character of rights. In the end a rights claim is nothing other than a legally binding demand for recognition of, and respect for, one's interests on the part of others. As a result it cannot avoid engaging the interests of those others.

trop grande déférence envers le législateur, à l'égard à la fois des objectifs qu'il choisit de poursuivre et des moyens qu'il emploie à cette fin. En effet, ce n'est qu'en assouplissant continuellement les contraintes du test de l'arrêt *Oakes* que l'article premier peut alors s'acquitter de la lourde tâche qui lui est imposée. Le problème est que, ce faisant, l'article premier dépouille effectivement les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de leur sens et de leur contenu tout en proclamant un attachement de pure forme à une vaste et généreuse notion d'égalité.

J'estime qu'il serait préférable sur les plans de l'intégrité analytique, de la valeur justificative et de la fidélité à la jurisprudence antérieure de la Cour en matière d'égalité, d'éviter complètement ce paradoxe. Cela ne peut se faire qu'en permettant au troisième volet du test de l'arrêt *Law* — l'analyse de la discrimination — d'effectuer le type de filtrage pour lequel il a été conçu. Encore une fois, les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ne sont pas toutes des atteintes au par. 15(1) de la *Charte*. Nous ne pouvons accorder à ce fait essentiel sa juste valeur sans reconnaître que le point de vue du demandeur n'est pas la seule perspective appropriée pour analyser une allégation de discrimination. Comme le dit la Cour dans *Law*, « le point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (par. 60).

En mettant l'accent voulu sur la partie objective de l'analyse de la discrimination, en plus de la partie subjective, on donne un sens à la notion de droits à l'égalité que ne peut lui donner une analyse exclusivement axée sur la partie subjective. Une analyse de la discrimination faite uniquement dans la perspective du demandeur permet à ce dernier de déterminer unilatéralement les modalités équitables d'interaction entre le particulier et l'État — les limites des droits individuels — alors que la partie objective de l'analyse reconnaît le caractère essentiellement bilatéral des droits. En fin de compte, l'allégation d'un droit n'est rien d'autre que la demande que le droit revendiqué soit juridiquement reconnu et respecté par autrui. Son résultat inévitable est d'engager les droits d'autrui. En effet, si les autres sont tenus de

For if others are to be duty-bound to respect one's rights, fairness requires that they be given some say, that their own interests be taken account of, in determining those rights.

respecter les droits d'une personne, l'équité exige qu'ils aient leur mot à dire, qu'ils puissent faire valoir leurs propres intérêts, dans la détermination de ces droits.

89 It is of course trite to point out that one's rights end where those of others begin. Nevertheless it is a truth that we should endeavour to keep constantly before our minds. The objective component in the discrimination analysis gives voice to this truth by allowing equality rights to be determined inter-subjectively, with proper regard for the interests of both the individual claimant and the state, rather than subjectively, paying attention only to the interests and feelings of the claimant. No doubt this is part of what Iacobucci J. had in mind when he stated in *Law, supra*, at para. 59, that the discrimination analysis is "objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question . . ." and that "[t]he objective component [in the analysis] means that it is not sufficient, in order to ground a s. 15(1) claim, for a claimant simply to assert, without more, that his or her dignity has been adversely affected by a law."

Il est bien sûr élémentaire de souligner que les droits de chacun se terminent là où commencent ceux des autres. Néanmoins, c'est une vérité que nous devrions avoir constamment à l'esprit. La partie objective de l'analyse de la discrimination traduit cette vérité en permettant que les droits à l'égalité soient déterminés de façon inter-subjective, dans le respect voulu des intérêts de la personne et de l'État, plutôt que de façon subjective, en relation uniquement des seuls intérêts et sentiments du demandeur. C'est certainement en partie à cela que le juge Iacobucci fait allusion lorsqu'il dit, dans *Law*, par. 59, que le point central de l'analyse de la discrimination est « objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question . . . » et que « [l]a partie objective [de l'analyse] signifie que, pour fonder une allégation formulée en vertu du par. 15(1), le demandeur ne peut se contenter de prétendre que sa dignité a souffert en raison d'une loi sans étayer davantage cette prétention. »

90 We should be explicit about the impact that a general implementation of this reading of s. 15(1) of the *Charter* will have on the future course of equality jurisprudence. Admittedly, this understanding of the *Law* test has the effect of narrowing the range of successful *Charter* challenges that could be made under s. 15(1). Once the subjective-objective perspective is properly applied as a necessary condition for making a finding of discrimination, it becomes more difficult to establish that one's equality rights have been infringed. Yet I think that it also becomes more difficult, having made a finding of discrimination, to establish that the resulting s. 15(1) violation can be justified.

Nous devrions expliquer clairement l'effet qu'une application généralisée de cette interprétation du par. 15(1) de la *Charte* aura sur le développement de la jurisprudence en matière d'égalité. Il faut admettre que cette interprétation du test de l'arrêt *Law* a pour effet de réduire les possibilités de succès de contestations fondées sur le par. 15(1) de la *Charte*. Lorsque la perspective subjective-objective est correctement appliquée comme condition nécessaire à la constatation de la discrimination, il devient plus difficile d'établir l'atteinte à des droits à l'égalité. En revanche, je pense qu'il devient aussi plus difficile, après constatation d'une discrimination, d'établir que l'atteinte au par. 15(1) peut être justifiée.

91 Under this approach equality rights, once found, will not be at the mercy of a s. 1 analysis that would otherwise, of necessity, be too deferential to the legislative process and hence too heedless of the

Selon cette méthode, une fois constatés, les droits à l'égalité ne sont plus à la merci d'une analyse selon l'article premier qui, par nécessité, exigerait une trop grande déférence envers le pro-

importance of s. 15(1) rights. Freed of the need to guard the integrity of the legislative process against too-easy findings of s. 15(1) infringements, the justificatory analysis under s. 1 will then be conducted with the uncompromising rigour that I believe it was intended to have. No longer will keeping the legislatures functional necessitate tolerating violations of *Charter* rights, the embodiments of our freedom and of this society's most cherished values, in favour of less valued state objectives such as the one at issue in this case. Without wanting to decide the question in advance, the class of state objectives which might then qualify as sufficiently pressing and substantial to limit equality rights under s. 1 may become restricted to only those that are most important: perhaps the need to protect the *Charter* rights of others; or more generally, the need for laws that advance the values underlying the *Charter*, conceived of as a coherent document expressing our highest values and the supreme law of this country. Ultimately, then, this reading of s. 15(1) entails an ideological preference for spreading equality rights somewhat less broadly but with much greater substance. I believe that this is what is required in order to properly situate the debate on the limits of constitutional guarantees.

It may seem that this approach to s. 15(1) blurs the distinction between the kinds of considerations that are appropriate under that section and the kinds of considerations that are appropriate under s. 1. I confess that there appears to be considerable overlap between the two, but a number of points should be made in this regard. To begin with, the overlap is to some extent merely a function of the fact that we are dealing here with a section that contains its own internal limitation (as opposed to the external limitation imposed under s. 1): specifically, its differentiation between legislative distinctions and discrimination. Similar problems in defining the precise contours of the relationship between a rights-granting provision of the *Charter* and s. 1 have been faced by this Court in the past when dealing with the internal limitation in s. 7, to take one example among many.

cessus législatif et serait donc moins respectueuse de l'importance des droits garantis au par. 15(1). Libérée de la nécessité de préserver l'intégrité du processus législatif contre des constatations trop faciles d'atteintes au par. 15(1), l'analyse de la justification selon l'article premier pourrait alors être faite avec la rigueur intransigeante pour laquelle elle a été conçue à mon avis. Il ne sera plus nécessaire, pour préserver le bon fonctionnement des législatures, de tolérer des atteintes aux droits protégés par la *Charte*, qui incarnent notre liberté et les valeurs les plus chères de notre société, en faveur d'objectifs de l'État moins valorisés comme celui en cause ici. Sans vouloir trancher d'avance la question, la catégorie d'objectifs de l'État qui pourraient alors être reconnus comme suffisamment urgents et réels pour restreindre des droits à l'égalité en vertu de l'article premier pourrait se limiter aux plus importants : peut-être la nécessité de protéger les droits garantis à autrui par la *Charte* ou, de façon plus générale, la nécessité de lois appuyant les valeurs qui soutiennent la *Charte* qui a été conçue comme un document cohérent exprimant nos valeurs les plus élevées et la loi suprême du pays. En fin de compte, cette interprétation du par. 15(1) traduit une préférence idéologique pour une distribution moins vaste mais beaucoup plus substantielle des droits à l'égalité. Je crois que c'est ce qu'il faut pour situer correctement le débat sur les limites des garanties constitutionnelles.

Cette approche du par. 15(1) peut paraître estomper la distinction entre le type de considérations qui sont appropriées sous son régime et celles qui le sont pour l'article premier. Je reconnais qu'il semble y avoir un recoupement considérable entre les deux, mais certaines précisions s'imposent à cet égard. D'abord, le recoupement est fonction jusqu'à un certain point, du fait que nous parlons d'un article qui comporte sa propre restriction interne (par opposition à la restriction externe imposée par l'article premier) : plus précisément, la différenciation entre distinctions législatives et discrimination. Notre Cour a dû résoudre des problèmes similaires lorsqu'elle a été appelée à définir les délimitations précises d'une disposition de la *Charte* qui confère des droits et de l'article premier, dans le cas par exemple de la restriction interne de l'art. 7.

93

I do not think that these problems are insurmountable. Nor should we assume that their resolution will be identical in the case of all internally qualified rights-granting provisions. Thus, while in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 518, Lamer J., as he then was, indicated that a limit to a right under s. 7 effected through a violation of the principles of fundamental justice could be sustained under s. 1 “only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like”, thereby leaving virtually no role for s. 1 in the context of defining rights under s. 7, it does not follow that s. 1 would have to be accorded a similarly negligible role in the face of a s. 15(1) violation. The exact nature of the interaction between the two constitutional provisions should in my view be left to an incremental development of the case law.

94

In any event, I do not believe that analytical convenience should lead us to make perfunctory findings of s. 15(1) violations as a mere prelude to the justificatory analysis under s. 1. Apart from concerns relating to the burden of proof, which rests on the claimant under s. 15(1) but on the state under s. 1, there is little practical difference from the perspective of the claimant between a finding of no discrimination and one of justified discrimination. But there is considerable difference between the two from the perspective of jurisprudential integrity, for reasons that I have already set out.

95

As regards the burden of proof, although I do not think it necessary to resolve all of the concerns it may raise at this point, I believe that accommodations could easily be made. For instance, I see no reason why these concerns could not be dealt with simply by recognizing that in some cases it will be reasonable for the court to infer discrimination on the basis of the circumstances themselves as well as evidence put forth by the claimant in respect of his or her own subjective experience of discrimina-

Je ne pense pas que ces problèmes soient insurmontables. Nous ne devrions pas non plus supposer que leur résolution sera identique dans le cas de toutes les dispositions qui confèrent des droits et qui comportent des restrictions internes. En effet, même si dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 518, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) indique qu’une limite à un droit garanti à l’art. 7 qui serait contraire aux principes de la justice fondamentale pourrait être maintenue en vertu de l’article premier, « mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite », ne laissant ainsi pratiquement aucun rôle pour l’article premier dans le contexte de la définition des droits en vertu de l’art. 7, cela ne veut pas dire que l’article premier doit n’avoir qu’un rôle aussi négligeable dans le contexte d’une atteinte au par. 15(1). La nature exacte de l’interaction entre les deux dispositions constitutionnelles devrait selon moi être élaborée progressivement par la jurisprudence.

Quoi qu’il en soit, je ne crois pas que la commodité analytique autorise des constatations superficielles d’atteintes au par. 15(1) comme simple prélude à une analyse de justification selon l’article premier. À l’exception de considérations de fardeau de preuve, lequel incombe au demandeur en vertu du par. 15(1) et à l’État en vertu de l’article premier, il y a peu de différence pratique du point de vue du demandeur entre une conclusion d’absence de discrimination et une conclusion de discrimination justifiée. Mais il y a une différence considérable entre les deux du point de vue de l’intégrité jurisprudentielle, pour les raisons que j’ai déjà exposées.

En ce qui a trait au fardeau de preuve, même si je ne crois pas qu’il soit nécessaire de résoudre toutes les préoccupations qu’il peut susciter à ce stade, je crois qu’on peut facilement trouver des accommodements. Par exemple, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait répondre à ces préoccupations en reconnaissant simplement que, dans certains cas, il sera raisonnable d’inférer judiciairement la discrimination sur la base des circonstances elles-mêmes ainsi que de la preuve du

tion. Should the circumstances warrant the drawing of such an inference, this will accrue to the claimant's benefit. Whether that will be sufficient for the claimant to succeed in his or her claim will then depend on the evidence relating to the existence of objective discrimination tendered by the state in order to negate this inference. If the state produces sufficient evidence to suggest that there is no objectively discernable discrimination, this will tend to neutralize any inference drawn on the basis of the circumstances and the claimant's own subjective testimony. If the state chooses not to lead such evidence, it will be taking the chance that a s. 15(1) violation will be made out on the strength of a validly drawn inference. In other words, if need be, we could effect a partial shift in the evidential burden (as opposed to the legal burden) under s. 15(1) to the state in order to address concerns over the burden of proof, recognizing that each party is differently situated for the purposes of leading evidence that is relevant to the different components of the discrimination analysis.

These matters aside, I turn now to an application of the foregoing analysis to the specific facts in the case at bar.

II. Application to the Case at Bar

This Court has considered the relationship between citizenship and s. 15(1) of the *Charter* in the context of employment opportunities once before, in the case of *Andrews, supra*. A superficial reading of that case might lead one to conclude that the discrimination inquiry in the instant case can be quickly disposed of in favour of the claimants. Such a reading ostensibly finds support in the following passage (at p. 183):

A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, would, in my view, infringe s. 15 equality rights.

There are, in my view, a number of reasons for exercising caution in applying this general statement of law to the particular facts of the case at bar.

demandeur de son expérience subjective de discrimination. Si les circonstances justifient une telle inférence, c'est le demandeur qui en profitera. La question de savoir si cela suffit pour donner gain de cause au demandeur dépend alors de la preuve relative à l'inexistence d'une discrimination objective présentée par l'État pour réfuter cette inférence. Si la preuve de l'État est suffisante pour montrer qu'il n'y a pas de discrimination objectivement discernable, cela tendra à neutraliser toute inférence tirée des circonstances et du témoignage subjectif du demandeur. Si l'État choisit de ne pas produire cette preuve, il court le risque que le tribunal juge qu'il y a atteinte au par. 15(1) en se fondant sur une inférence valide. En d'autres termes, si cela est nécessaire, nous pourrions imposer à l'État un renversement partiel du fardeau de présentation (par opposition au fardeau ultime) à l'égard du par. 15(1), de façon à résoudre les problèmes de fardeau de preuve, en reconnaissant que chaque partie est dans une situation différente à l'égard de la présentation de la preuve relative aux différentes parties de l'analyse de la discrimination.

Ces questions à part, j'applique maintenant l'analyse qui précède aux faits particuliers de l'espèce.

II. Application à la présente espèce

La Cour a considéré le rapport entre la citoyenneté et le par. 15(1) de la *Charte* dans le contexte des possibilités d'emploi, dans *Andrews*, précité. Une lecture superficielle de cet arrêt pourrait porter à conclure que l'analyse de la discrimination en l'espèce peut être tranchée rapidement en faveur des appelantes. Cette interprétation s'appuie apparemment sur le passage suivant (à la p. 183) :

À mon avis, une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15.

À mon avis, diverses raisons incitent à la prudence dans l'application de cet énoncé général du droit aux faits particuliers de la présente espèce.

96

97

98

The first and most obvious of these reasons is that the statement purports to be speaking only about laws that effectively bar non-citizens from certain forms of employment. Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not, on its face, impose such a bar; it merely creates a preference at the referral stage of open competitions for employment in the federal Public Service. Nor can it be seriously maintained that the s. 16(4)(c) preference has the effect in practice of creating such a bar. As my colleague Bastarache J. notes in his reasons (at para. 24):

[N]on-citizens are eligible (and indeed encouraged) to submit their resumes to the Commission for consideration . . . and . . . non-citizens who are referred by the Commission face no disadvantage compared to citizens . . . [Moreover,] non-citizens enjoy the same privileges as citizens with respect to closed competitions; [which] are the principal means by which the Public Service fills its staffing needs. Finally, the citizenship preference is just that: a preference. Non-citizens are routinely referred to open competition where, in the opinion of the Regional PSC Director, there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position; . . .

These factual findings, even by themselves, go a significant distance towards distinguishing this case from *Andrews*. Indeed it is largely on the strength of these findings that Bastarache J. has decided that, unlike in *Andrews*, the supposed s. 15(1) violation in this case is a relatively trivial one that can be justified under s. 1. I have already indicated my discomfort with the idea that any s. 15(1) violation could be seen as a matter of mere inconvenience. From my perspective the significance of these facts is not that they render the alleged s. 15(1) violation any less serious, but rather that they interfere somewhat with the conclusion that s. 15(1) has been infringed in the first place.

99

Seen in this light, the factual findings noted by this Court are suggestive of the need to engage in a more careful and thorough discrimination analysis before making a determination under s. 15(1) of the *Charter*. For the purposes of conducting such an analysis, this Court's decision in *Andrews* is of limited assistance. It hardly warrants mentioning that *Andrews* was decided without the benefit of the

La première raison, et la plus évidente, est que cet énoncé ne parle que de lois qui excluent effectivement les non-citoyens de certains types d'emploi. Le libellé de l'al. 16(4)c de la *LEFP* n'impose pas une exclusion; il ne fait que créer une préférence à l'étape de la présentation dans le cadre de concours publics pour des emplois dans la fonction publique fédérale. On ne peut non plus soutenir sérieusement que la préférence visée à l'al. 16(4)c a pour effet pratique de créer une telle exclusion. Comme le juge Bastarache le fait remarquer dans ses motifs (au par. 24) :

[L]es non-citoyens sont autorisés, et même encouragés, à soumettre leur curriculum vitae à la Commission et [. . .] les non-citoyens présentés par la Commission ne sont pas défavorisés par rapport aux citoyens. En outre, les non-citoyens ont les mêmes privilèges que les citoyens dans les concours internes, qui sont le principal moyen de dotation en personnel dans la fonction publique. Enfin, la préférence fondée sur la citoyenneté n'est qu'une préférence. Il est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque le directeur régional de la CFP estime que le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant : . . .

Ces constatations de fait, en soi, aident grandement à distinguer la présente espèce et *Andrews*. En effet, c'est pour une grande part sur la base de ces constatations que le juge Bastarache conclut que, contrairement à *Andrews*, la violation alléguée du par. 15(1) est relativement mineure en l'espèce et peut être justifiée en vertu de l'article premier. J'ai déjà indiqué que je m'inquiète de l'idée qu'une atteinte au par. 15(1), quelle qu'elle soit, puisse être considérée comme un simple inconvénient. De mon point de vue, l'importance de ces faits n'est pas qu'ils atténuent la gravité de l'atteinte alléguée au par. 15(1), mais plutôt qu'ils remettent en question la conclusion même qu'il y a atteinte au par. 15(1).

Vues sous cet éclairage, les constatations de fait notées par la Cour montrent le besoin de procéder à une analyse plus prudente et approfondie de la discrimination avant de conclure à l'existence d'une atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La décision de la Cour dans *Andrews* n'est que d'une utilité limitée dans cette analyse. Il va sans dire que l'arrêt *Andrews* a été rendu sans l'aide du cadre analyti-

detailed analytical framework for assessing equality claims that was set out by this Court in *Law*. This is not to suggest that *Andrews* would have been decided differently under the *Law* framework: I have little doubt that the outcome of that case would have been the same. Still, it does suggest that we must be slow to decide the s. 15(1) question in this case on the basis of the general proposition of law set out in *Andrews* and quoted above. It remains necessary, in assessing this equality claim just as in assessing any other, to pay careful attention to the *Law* methodology for determining the scope of the claimants' s. 15(1) rights.

Here as always s. 15(1) rights extend only as far as is necessary to preserve the claimants' immunity from laws that are discriminatory. In *Law* this Court cast the question to be determined by the discrimination analysis in the following terms: ". . . does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the Charter . . . ?" (para. 39 (emphasis in original)). Iacobucci J. went on to describe the purpose of s. 15(1) as being "to prevent the violation of essential human dignity and freedom . . ." (para. 51). Human dignity is thus at the centre of the discrimination inquiry. A law will only be discriminatory for the purposes of s. 15(1) if it can be said to violate the claimant's essential human dignity or freedom. Moreover, the proper perspective from which to make this assessment, as I have already emphasized, is not simply the claimant's own subjective perspective but that of "the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (*Law*, at para. 60). The proper perspective is thus subjective-objective: "objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question" (*Law*, at para. 59).

In this regard, useful reference can be made to the international context within which the impugned

que détaillé que la Cour a élaboré dans l'arrêt *Law* pour l'évaluation des demandes fondées sur le droit à l'égalité. Je ne veux pas dire que l'affaire *Andrews* aurait été tranchée différemment selon les paramètres de l'arrêt *Law* : je ne doute pas que l'issue aurait été la même. Cela invite toutefois à la circonspection dans la réponse à la question relative au par. 15(1) en l'espèce selon le principe de droit général énoncé dans *Andrews* et cité plus haut. Il reste nécessaire, pour l'appréciation de cette revendication du droit à l'égalité et de toute autre, de tenir soigneusement compte de la méthode retenue dans *Law* pour déterminer l'étendue des droits que le par. 15(1) garantit aux appelantes.

Ici, comme toujours, l'étendue des droits garantis au par. 15(1) se limite à ce qui est nécessaire pour préserver l'immunité des appelantes contre les lois discriminatoires. Dans *Law*, la Cour exprime en ces termes la question que doit trancher l'analyse de la discrimination : « . . . la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la Charte [. . .] ? » (par. 39 (souligné dans l'original)). Le juge Iacobucci précise ensuite que le par. 15(1) a pour objet « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles . . . » (par. 51). La dignité humaine est donc au centre de l'analyse de la discrimination. Une loi n'est discriminatoire au sens du par. 15(1) que si l'on peut établir qu'elle porte atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles du demandeur. De plus, la perspective dans laquelle cette appréciation doit se faire, comme je le dis plus haut, ne se limite pas simplement à la perspective subjective du demandeur, mais doit aussi comprendre celle « de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur » (*Law*, par. 60). Le point de vue adéquat est donc subjectif-objectif : « objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question » (*Law*, par. 59).

À cet égard, il peut être utile de mentionner le contexte international dans lequel se situe la

legislation in this case is situated. As my colleague Bastarache J. observes (at para. 56):

[V]irtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to the national Public Service; these restrictions vary from virtual bans on federal Public Service employment (as in Switzerland and the United States) to policies allowing permanent residents to work in the Public Service on a probationary basis (as in Australia) . . . [Moreover,] international conventions support [such] citizenship-based restrictions by guaranteeing the right of all citizens to work in the Public Service; . . .

The value of these observations, in my view, is not that they help to justify what would otherwise be discriminatory restrictions on access to the federal Public Service but that they indicate widespread international agreement that such restrictions do not implicate the essential human dignity of non-citizens to begin with. To my mind there could scarcely be better evidence of what the reasonable non-citizen would conclude in respect of any claim of discrimination that might be made against these restrictions: in short, he or she would conclude that the partial and temporary difference of treatment imposed by these restrictions is not discriminatory.

législation attaquée en l'espèce. Comme le fait remarquer mon collègue le juge Bastarache au par. 56 :

[P]resque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à la fonction publique nationale; les restrictions apportées vont de l'exclusion virtuelle de l'emploi dans la fonction publique fédérale (comme en Suisse et aux États-Unis) à la politique autorisant un résident permanent à travailler dans la fonction publique à titre de stagiaire (comme en Australie). [. . .] [Qui plus est,] les conventions internationales appuient les restrictions fondées sur la citoyenneté en garantissant le droit de tous les citoyens de travailler dans la fonction publique . . .

À mon avis, la valeur de ces observations tient non pas au fait qu'elles aident à justifier ce qui serait autrement une restriction discriminatoire de l'accès à la fonction publique, mais au fait qu'elles indiquent un large consensus international sur l'idée que de telles restrictions ne touchent pas la dignité humaine essentielle des non-citoyens. Il serait difficile selon moi de trouver une meilleure preuve de ce que le non-citoyen raisonnable serait porté à conclure à l'égard des allégations de discrimination qui pourraient être soulevées contre ces restrictions : en bref, cette personne conclurait que la différence de traitement partielle et temporaire imposée par ces restrictions n'est pas discriminatoire.

102

The reasonableness of this conclusion is confirmed on the particular facts of this case. A non-exhaustive list of contextual factors is suggested in *Law* as relevant to the determination of whether or not, from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant, the claimant's essential human dignity is violated by an impugned law. These include: (a) whether those in circumstances similar to the claimant have been subjected to pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (b) whether there is a relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment; and (c) what the nature and scope of the interest affected by the impugned law is. An analysis of these various factors militates against making a finding in the present case that s. 16(4)(c) of the *PSEA* is discriminatory in the sense that it violates the essential human dignity of reasonable non-citizens.

Le caractère raisonnable de cette conclusion est confirmé par les faits particuliers de l'espèce. L'arrêt *Law* propose une liste non exhaustive de facteurs contextuels utiles pour déterminer si, du point de vue d'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur, la loi attaquée porte atteinte à la dignité humaine essentielle du demandeur. Ces facteurs comprennent : a) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par des personnes se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur; b) le rapport entre le motif sur lequel est fondée l'allégation et la nature de la différence de traitement; et c) la nature et l'étendue du droit touché par la loi attaquée. L'analyse de ces divers facteurs milite contre une conclusion en l'espèce que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* est discriminatoire en ce sens qu'il porte atteinte à la dignité humaine essentielle de non-citoyens raisonnables.

A. *Pre-Existing Disadvantage*

In many aspects of their lives, non-citizens in general suffer from the sort of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, and vulnerability that s. 15(1) of the *Charter* is directed at remedying. This was the basis for the holding in *Andrews* that non-citizenship is an analogous ground for the purposes of s. 15(1) and that non-citizens in general are “a good example of a ‘discrete and insular minority’ who come within the protection of s. 15” (*Andrews, supra*, at p. 183). At first blush, the present factor would therefore appear to be an aggravating one in determining whether s. 16(4)(c) of the *PSEA* offends human dignity.

Kept at that level of generality, however, the truths set out in the preceding paragraph are useful merely for the purpose of finding an analogous ground under s. 15(1) and in my view tell only half the story that is relevant to this particular appeal. My colleague, Bastarache J., has nevertheless chosen to focus almost exclusively on this half of the story (para. 45). Ironically, while my problem with his reasons as a whole can be traced to his having adopted an insufficiently objective perspective for the purposes of conducting the discrimination inquiry, what this partial account leaves out constitutes a deficiency that arises from adopting a perspective that is also insufficiently subjective. As Iacobucci J. stated in *Law*, at para. 59, the inquiry into whether an impugned law discriminates is “subjective in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances” (emphasis added). In light of this required focus on the particularity of the claimant, I do not believe that the question of pre-existing disadvantage can be settled in this case simply by averting, without further ado, to the non-citizenship status of the claimants.

Indeed, on closer inspection there is considerable room for doubt as to whether the particular traits and circumstances of these specific claimants are such that the claimants can properly be said to suffer from pre-existing disadvantage. Especially telling in this

A. *Le désavantage préexistant*

Dans plusieurs aspects de leur vie, les non-citoyens en général subissent le type de désavantages, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité auxquels le par. 15(1) de la *Charte* vise à remédier. C’est sur cette base que la Cour conclut dans *Andrews* que la non-citoyenneté est un motif analogue selon le par. 15(1) et qu’en général ceux qui n’ont pas la citoyenneté « constituent un bon exemple [. . .] d’une [TRADUCTION] “minorité discrète et isolée” visée par la protection de l’art. 15 » (*Andrews*, p. 183). Au premier abord, ce facteur semble être aggravant pour ce qui est de déterminer si l’al. 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte à la dignité humaine.

À ce niveau de généralité toutefois, les vérités énoncées dans le paragraphe précédent servent uniquement à conclure à l’existence d’un motif analogue en vertu du par. 15(1) et, à mon avis, ne révèlent que la moitié du contexte pertinent en l’espèce. Mon collègue le juge Bastarache choisit néanmoins de porter son attention presque exclusivement sur cette moitié de l’histoire (par. 45). Ironiquement, même si la difficulté que me posent ses motifs dans leur ensemble tient au fait qu’il adopte une perspective insuffisamment objective dans l’analyse de la discrimination, la lacune de son exposé partiel découle du fait qu’il adopte ici un point de vue qui n’est pas suffisamment subjectif. Le juge Iacobucci dit dans *Law*, par. 59, que l’examen du caractère discriminatoire de la loi attaquée est « subjectif dans la mesure où le droit à l’égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres » (je souligne). Puisqu’il faut mettre l’accent sur la particularité du demandeur, je ne crois pas que la question du désavantage préexistant puisse être tranchée en l’espèce en portant uniquement notre attention, sans plus, sur le statut de non-citoyennes des appelantes.

En effet, à y regarder de plus près, le doute est très certainement permis sur la question de savoir si les caractéristiques et les situations propres à ces appelantes en particulier sont telles qu’on puisse vraiment dire qu’elles souffrent d’un désavantage

103

104

105

regard is the fact that, at least in the case of two of the claimants, their continuing status as non-citizens is a matter of personal choice. As noted by Marceau J.A. in the court below (*Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at para. 3):

All three plaintiffs are citizens of European countries and, at least two of them, who are citizens of Austria and the Netherlands — countries which do not permit the holding of dual citizenship — in their testimony conceded that they refused to naturalize to Canada in part because of the benefits concomitant with their original citizenships, one of which was preferential employment within the European Union countries, and within the public service of their native countries.

In the circumstances, I have difficulty with the proposition that these claimants suffer from pre-existing disadvantage as a result of their status as non-citizens. On the contrary, this is in some ways a case about the maintaining of pre-existing advantage by the claimants, who want to retain all of the valuable benefits legally accruing to them as members of the European Union and citizens of other countries while claiming similar privileges and benefits afforded to Canadian citizens under an analogous legislative arrangement. If there is any disadvantage here it arises principally from the fact that their countries of citizenship do not permit these claimants to hold dual citizenship (a disadvantage not suffered by the more fortunate third claimant, who was able to obtain her Canadian citizenship in 1991 without having to relinquish her French citizenship). Yet this disadvantage is not suffered as a result of their status as non-citizens of Canada — whose laws, I note in passing, do permit the holding of dual citizenship — but as a result of their status as citizens of other countries. In any event, a reasonable observer might conclude that this is something of an enviable problem to have, as is evidenced by the fact that the claimants are themselves unwilling to remedy their claimed disadvantage by naturalizing to Canada. Let me add, in connection with this last point, that in my view the acquisition of Canadian citizenship for the purpose of being granted equal access to the federal Public Service cannot be said to come at an unacceptable personal cost. If there

préexistant. Il est particulièrement révélateur à cet égard que, pour au moins deux des appelantes, le maintien du statut de non-citoyennes est une question de choix personnel. Comme le note le juge Marceau (*Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), par. 3) :

Les demandresses sont toutes trois citoyennes de pays européens, et au moins deux d'entre elles, respectivement citoyennes de l'Autriche et des Pays-Bas — où la double nationalité n'est pas reconnue — ont admis dans leur témoignage que, si elles n'avaient pas voulu se faire naturaliser au Canada, c'est en partie à cause des avantages que leur procure leur citoyenneté d'origine, un de ces avantages étant la préférence qui leur serait accordée en matière d'emploi dans les pays de l'Union européenne ainsi que dans la fonction publique de leurs pays d'origine.

Dans ces circonstances, j'ai du mal à accepter que ces appelantes souffrent d'un désavantage préexistant en raison de leur statut de non-citoyennes. Au contraire, il s'agit d'une certaine façon de la préservation d'un avantage préexistant des appelantes, qui veulent conserver tous les avantages qui leur reviennent légalement comme citoyennes de l'Union européenne et d'autres pays, tout en réclamant les privilèges et avantages similaires offerts aux citoyens canadiens dans un cadre législatif analogue. S'il y a quelque désavantage, il découle principalement du fait que leurs pays de citoyenneté respectifs ne leur permettent pas d'avoir la double nationalité (désavantage dont ne souffre pas la troisième appelante, plus favorisée, qui a obtenu la citoyenneté canadienne en 1991 sans devoir renoncer à la citoyenneté française). Mais ce désavantage ne résulte pas de leur statut de non-citoyennes du Canada — dont les lois, soit dit en passant, permettent la double nationalité — mais de leur statut de citoyennes d'autres pays. Quoi qu'il en soit, un observateur raisonnable pourrait conclure qu'il s'agit en quelque sorte d'un problème enviable, comme le montre le fait que les appelantes elles-mêmes ne sont pas disposées à remédier à leur prétendu désavantage en se faisant naturaliser au Canada. J'aimerais ajouter, sur ce dernier point, qu'à mon avis on ne peut dire que l'obtention de la citoyenneté canadienne en vue d'avoir un accès égal à la fonction publique fédérale comporte un coût personnel inacceptable. S'il y a un coût — et il n'y en a aucun dans le cas de ressortissants

are any costs involved at all — and there are none in the case of non-citizens who are citizens of countries that permit dual citizenship — those costs are relatively minor and are, as I have already suggested, properly attributable not to the acquisition of Canadian citizenship *per se* but to the fact that other countries do not always permit the holding of dual citizenship.

I recognize that not all those affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are likely to be as advantaged in the ways just canvassed as are the claimants in this appeal. Nor are all non-citizens likely to be as well educated as these claimants. Given this, and consonant with the holding in *Andrews* that non-citizens are in general a disadvantaged group, I will not go so far as to conclude that the preceding analysis favours a finding that s. 16(4)(c) does not offend human dignity. Still, it is difficult to find any pre-existing disadvantage in the particular case at bar and to that extent difficult to locate a violation of human dignity. I therefore conclude that this contextual factor is indeterminate.

B. *Relationship Between Grounds and the Nature of the Differential Treatment*

A more damaging contextual factor for the claimants in this case is the second factor set out in *Law*: “the relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment” (para. 69). In *Law* this Court recognized that it will in general be “more difficult to establish discrimination to the extent that legislation properly accommodates the claimant’s needs, capacities and circumstances” (para. 70). It further recognized that “[s]ome of the enumerated and analogous grounds have the potential to correspond with need, capacity, or circumstances” (para. 69). Iacobucci J., at para. 71, cited *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, as an example of a case in which legislation “quite properly treated a claimant differently on the basis of actual personal differences between individuals” and where “it was stated that the decision to permit cross-gender prison searches of male prisoners but not of female prisoners likely did not violate

de pays permettant la double nationalité —, ce coût est relativement mineur et il est, comme je l’ai déjà mentionné, imputable non pas à la citoyenneté canadienne en soi, mais plutôt au fait que d’autres pays ne permettent pas toujours la double nationalité.

Je reconnais que les personnes touchées par l’al. 16(4)c de la *LEFP* ne sont probablement pas toutes aussi avantagées que les appelantes à l’égard des points susmentionnés et que les non-citoyens ne sont probablement pas tous aussi instruits qu’elles. Compte tenu de cela et de la conclusion dans *Andrews* que les non-citoyens sont en général un groupe défavorisé, je n’irai pas jusqu’à conclure que l’analyse précédente permet de déterminer que l’al. 16(4)c ne porte pas atteinte à la dignité humaine. Il n’en demeure pas moins difficile de découvrir quelque désavantage préexistant en l’espèce et donc de trouver une atteinte à la dignité humaine. Je conclus par conséquent que ce facteur contextuel est indéterminé.

B. *Le rapport entre les motifs et la nature de la différence de traitement*

Le deuxième facteur énoncé dans *Law* est plus défavorable aux appelantes en l’espèce : « le rapport entre le motif sur lequel est fondée l’allégation et la nature de la différence de traitement » (par. 69). Dans *Law*, la Cour reconnaît qu’il est en général « plus difficile [d’établir la discrimination] si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur » (par. 70). Elle reconnaît en outre que « [c]ertains des motifs énumérés et des motifs analogues peuvent en effet correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation » (par. 69). À titre d’exemple de cas où une loi a « à juste titre traité un demandeur différemment en fonction de différences personnelles réelles entre les individus », le juge Iacobucci mentionne *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, où « on a dit que la décision de permettre les fouilles des détenus du sexe masculin mais non des femmes détenues par des personnes du sexe opposé n’était

106

107

s. 15(1), because such a difference in treatment was appropriate in light of the historical, biological and sociological differences between men and women”.

pas susceptible de violer le par. 15(1), parce que cette différence de traitement était appropriée compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes » (par. 71).

108 The combined effect of these statements is that not all cases of legislated differential treatment on the basis of an enumerated or analogous ground will give rise to a valid claim of discrimination. In particular, where, as in *Weatherall*, the ground upon which the claim is made (in that case, the enumerated ground of sex) actually corresponds to personal differences that are relevant to the legislative purpose, the claimant will have difficulty in proving a violation of essential human dignity, even if differential treatment on the basis of that ground is unjustifiable in the vast majority of cases (as it is in most cases where legislated differences in treatment are based on the sex of those affected by the impugned law).

L'effet global de ces énoncés est que les cas de différence de traitement d'origine législative fondée sur des motifs énumérés ou analogues ne donnent pas tous nécessairement lieu à une allégation valide de discrimination. Plus particulièrement, lorsque, comme dans *Weatherall*, le motif sur lequel se fonde l'allégation (le motif énuméré du sexe) correspond à des différences personnelles qui ont un rapport avec l'objet de la loi, le demandeur peut avoir de la difficulté à prouver qu'il y a atteinte à la dignité humaine essentielle, même si la différence de traitement fondée sur ce motif est injustifiable dans la grande majorité des cas (comme dans la plupart des cas où des différences de traitement d'origine législative sont fondées sur le sexe des personnes visées par la loi attaquée).

109 The instant case provides a further example of this. Even if the use of the analogous ground of citizenship as a basis for withholding advantages from some individuals while extending them to others is discriminatory in the context of a provincial law using citizenship as a proxy for loyalty or trust-worthiness, as it was found to be in *Andrews*, it does not follow that it is discriminatory in the context of a federal law that forms part of a package of incentives to naturalize while at the same time defining the rights and duties of Canadian citizens. The reason for this is clear. In the second case, but not in the first, there is actual correspondence between the ground of citizenship itself and the nature of the differential treatment.

La présente espèce en donne un autre exemple. Même si l'utilisation du motif analogue de la citoyenneté pour refuser à certaines personnes des avantages accordés à d'autres est discriminatoire dans le contexte d'une loi provinciale se servant de la citoyenneté comme indicateur de loyauté ou de fiabilité, selon la conclusion de la Cour dans *Andrews*, cela ne signifie pas qu'une telle mesure est discriminatoire dans le contexte d'une loi fédérale qui fait partie intégrante d'un ensemble de mesures d'incitation à la naturalisation et qui définit en même temps les droits et obligations des citoyens canadiens. La raison en est claire. Il y a dans le deuxième cas, contrairement au premier, correspondance réelle entre le motif de la citoyenneté en soi et la nature de la différence de traitement.

110 It is the essence of the concept of citizenship that it distinguishes between citizens and non-citizens and treats them differently. As the respondent's expert, Professor Schuck, explained in evidence given by way of affidavit:

C'est l'essence même de la notion de citoyenneté que d'opérer une distinction entre citoyens et non-citoyens et de les traiter différemment. Comme l'explique l'expert des intimées, le professeur Schuck, dans son affidavit :

[The] political, emotional, and motivational purposes of citizenship cannot be fully achieved unless there is a difference in legal status between citizens and non-citizens, a difference that can help motivate non-citizens to invest the time, energy, and resources necessary to acquire [citizenship] Were the differences in rights and status between citizens and non-citizens completely eliminated so that all rights available to citizens were also immediately and equally available to non-citizens, the notion of citizenship would become meaningless. [Emphasis in original.]

At issue in this case is a federal law that is validly enacted in the exercise of exclusive federal jurisdiction over matters of citizenship for the dual purposes of defining one of the historical and internationally recognized entitlements of citizenship and providing an incentive to naturalize. As such, s. 16(4)(c) of the *PSEA* cannot help but give rise to differential legal treatment: for that is precisely what is entailed in the act of legislating over matters of citizenship.

By way of contrast, there was no such correspondence between the differential treatment in *Andrews* and the ground upon which that treatment was based. In that case, the law in issue was a provincial law establishing qualifications for admission to the practice of law in British Columbia. The law had nothing to do with citizenship *per se*, or defining the entitlements of citizenship. In fact, it could not have purported to be directed at matters of citizenship since such matters are not within the competence of provincial legislatures. Instead, the law was merely a profession-regulating law within provincial jurisdiction which drew a distinction between citizens and non-citizens for the purposes of setting an entry requirement to the legal profession. It was in this context that the differential treatment in that case was found to be based on an irrelevant ground of distinction and thus discriminatory.

While my colleague, Bastarache J., seems to acknowledge this distinction between the present case and *Andrews* — and, more pointedly, accepts that the law in this case is “meant to further Canada’s citizenship policy by granting citizens certain privileges not enjoyed by immigrants” (para. 54) — he nevertheless concludes that this “citizen-

[TRADUCTION] [Les] objectifs politiques, émotifs et motivationnels de la citoyenneté ne peuvent se réaliser pleinement sans qu’il y ait une différence de statut légal entre les citoyens et les non-citoyens, différence qui peut aider à motiver les non-citoyens à investir le temps, l’énergie et les ressources nécessaires pour obtenir [la citoyenneté] [. . .] Si on éliminait complètement les différences entre les droits et le statut des citoyens et des non-citoyens et que tous les droits offerts aux citoyens étaient immédiatement et également offerts aux non-citoyens, la notion de citoyenneté perdrait tout son sens. [Souligné dans l’original.]

Le pourvoi vise une loi fédérale valablement adoptée dans l’exercice de la compétence fédérale exclusive en matière de citoyenneté, ayant pour double objet de définir un des attributs historiques et internationalement reconnus de la citoyenneté et d’inciter à la naturalisation. En tant que tel, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* doit forcément donner lieu à une différence de traitement dans la loi puisque c’est précisément ce qu’implique le fait de légiférer en matière de citoyenneté.

Par contraste, il n’y a, dans *Andrews*, aucune correspondance semblable entre la différence de traitement et le motif sur lequel ce traitement est fondé. Dans cette affaire, une loi provinciale établissait les conditions d’admission à l’exercice du droit en Colombie-Britannique. La loi n’avait aucun rapport avec la citoyenneté en soi, ou avec la définition des attributs de la citoyenneté. En fait, elle ne pouvait pas prétendre régir des questions de citoyenneté puisque ce domaine ne relève pas de la compétence des législatures provinciales. Comme simple loi visant à réglementer une profession dans le cadre de la compétence législative provinciale, elle établissait une distinction entre citoyens et non-citoyens dans les conditions d’admission à la pratique du droit. Dans ce contexte, la différence de traitement a été jugée être fondée sur un motif de distinction sans pertinence et donc discriminatoire.

Bien qu’il semble reconnaître cette distinction entre la présente instance et *Andrews* et, plus crucialement, accepter que l’objectif de la loi est de « consolider la politique canadienne de citoyenneté en donnant aux citoyens certains privilèges refusés aux immigrants » (par. 54), mon collègue le juge Bastarache conclut que l’argument de la citoyenneté

111

112

ship argument goes beyond what is contemplated by the second contextual factor in *Law*" (para. 43).

va au-delà du deuxième facteur contextuel établi dans *Law* (par. 43).

113 This conclusion, which effectively limits the operation of the second contextual factor set out in *Law*, reflects an inappropriately exclusive focus on the subjective perspective of the claimant. Only on the supposition that it is the claimant's interests alone that are implicated by the discrimination inquiry does one arrive at the conclusion that the third branch of the *Law* test cannot have the result of curtailing the scope of claimants' rights. Yet as I have emphasized throughout these reasons, this supposition mistakes the proper perspective from which the discrimination inquiry is to be conducted. The proper perspective is not the purely subjective perspective of the claimant but a perspective that is "both subjective and objective: . . . objective in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question" (*Law, supra*, at para. 59). This mandates a consideration of the larger context in which the claimant's interests are not the only interests that figure in the discrimination inquiry. What is required is that the claimant's interests be defined and constrained by reference to those other interests that are revealed through a contextual analysis.

Cette conclusion, qui limite en fait l'application du deuxième facteur contextuel établi dans *Law*, reflète la tendance malheureuse à mettre exclusivement l'accent sur le point de vue subjectif du demandeur. Ce n'est qu'en supposant que seuls ses intérêts sont en jeu dans l'analyse relative à la discrimination qu'on peut arriver à la conclusion que le troisième volet du critère énoncé dans *Law* ne peut avoir pour effet de réduire l'étendue de ses droits. Et pourtant, comme je le souligne tout au long de mes motifs, cette supposition se méprend sur la perspective appropriée à adopter pour l'analyse relative à la discrimination. La perspective appropriée ne se limite pas à la perspective purement subjective du demandeur, c'est un point de vue « à la fois subjectif et objectif : [. . .] objectif dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question » (*Law*, par. 59). Cela exige l'examen d'un contexte plus vaste dans lequel les intérêts du demandeur ne sont pas les seuls à prendre en considération dans l'analyse de la discrimination. Il faut que les intérêts du demandeur soient définis et délimités par rapport aux autres intérêts qui se dégagent d'une analyse contextuelle.

114 Nowhere is this requirement more evident than in the context of laws that purport to govern matters of citizenship by defining the incidents thereof and providing incentives to naturalize. Citizenship law is about defining not just the rights of citizens but also their correlative duties towards the state. These include: "voting in elections; obeying the laws of Canada; respecting the rights and freedom of others; working to help others in the community; eliminating discrimination and injustice; and caring for Canada's heritage" (N. M. Berezowski and B. J. Trister, *Citizenship 1996* (1996), at pp. 5-6). I might also hasten to add the "right" to sit on jury, which is more commonly referred to as the right to serve as a juror, or more simply as "jury duty". In connection with this I note with bemusement my colleague Bastarache J.'s observation that the claimants' "subjective reaction to the citizenship preference no

Cette exigence ne peut être plus évidente que dans le contexte de lois qui visent à régir les questions de citoyenneté en en définissant les attributs et en prévoyant des mesures incitatives à la naturalisation. Le droit de la citoyenneté a pour objet de définir non seulement les droits des citoyens, mais également leurs obligations correspondantes envers l'État, notamment [TRADUCTION] « voter aux élections; obéir aux lois du Canada; respecter les droits et les libertés d'autrui; travailler pour aider les autres dans la collectivité; éliminer la discrimination et l'injustice; et prendre soin du patrimoine du Canada » (N. M. Berezowski et B. J. Trister, *Citizenship 1996* (1996), p. 5-6). Je m'empresserais aussi d'ajouter le « droit » de faire partie d'un jury, plus couramment décrit comme le droit de servir à titre de juré, ou plus directement comme le « devoir d'être juré ». À cet égard, je note avec une certaine perplexité

doubt differed from their reaction to not being able to vote, sit in the Senate, serve on a jury, or remain in Canada unconditionally” (para. 52). This is quite the point: these other incidents of citizenship are at best likely to be perceived as a matter of indifference to non-citizens and at worst likely to be perceived more as a burden than as a benefit. The latter is especially true in the case of serving on juries, which many prospective jurors see as a major imposition, and in the case of voting, which some may view merely as a civic duty to be performed perfunctorily if at all.

The challenge faced by the federal government, in the light of these observations, is to establish a package of incentives — rights and privileges of citizenship — that will provide sufficient motivation for non-citizens to naturalize and in the process take on these more burdensome incidents, or duties, of citizenship. It can only do this by distributing rights and benefits unequally between citizens and non-citizens. This differential treatment should not, however, be viewed entirely from the one-sided subjective perspective of the claimant. Indeed, legislating over matters of citizenship can only be understood as an exercise directed at achieving mutual respect and recognition, or reciprocal concern, between the citizen and the state. It is only insofar as the individual submits selflessly to the demands and duties imposed by membership in the state that the state reciprocally submits fully to the individual’s needs by according him or her the entire complex of advantages that are the concomitants of state membership. Citizenship is thus relevant to the public distribution of benefits to the extent that it tracks the class of people who have taken on correlative or reciprocal duties in exchange for the receipt of the benefits in question.

There are naturally limits to the extent to which this relevance will obtain. Some benefits — the provision of basic health and policing services, for example — may in fact, though I need not decide this question here, be owed to all persons as of right

l’observation de mon collègue le juge Bastarache selon laquelle la « réaction subjective [des appelantes] à la préférence fondée sur la citoyenneté diffèrait sans aucun doute de leur réaction à la privation du droit de voter, de siéger au Sénat, de faire partie d’un jury et de demeurer inconditionnellement au Canada » (par. 52). C’est justement la question : ces autres attributs de la citoyenneté sont probablement considérés, au mieux, avec indifférence par les non-citoyens et, au pire, comme étant plus un fardeau qu’un avantage. Cela est particulièrement vrai pour le devoir de juré, que nombre de jurés potentiels perçoivent comme une obligation onéreuse, et pour le vote, que certains peuvent considérer comme un simple devoir civique à remplir à l’occasion, et encore.

Le défi pour le gouvernement fédéral est donc d’établir des mesures incitatives — droits et privilèges de la citoyenneté — pour motiver suffisamment les non-citoyens à se faire naturaliser et, de ce fait, à assumer les attributs plus onéreux, ou les devoirs, de la citoyenneté. Il ne peut réussir qu’en répartissant les droits et les avantages inégalement entre citoyens et non-citoyens. Cette différence de traitement ne devrait toutefois pas être vue uniquement du point de vue unilatéral et subjectif du demandeur. En effet, l’activité législative en matière de citoyenneté ne peut être comprise que comme un exercice visant à obtenir la reconnaissance et le respect mutuels, ou l’intérêt réciroque, entre le citoyen et l’État. Ce n’est que dans la mesure où la personne se soumet d’une manière désintéressée aux exigences et devoirs imposés par son appartenance à l’État que, réciproquement, l’État répond entièrement à ses besoins en lui accordant toute la gamme complexe des avantages qui découlent de l’appartenance à l’État. La citoyenneté est ainsi pertinente par rapport à la distribution publique des avantages dans la mesure où elle s’attache à la catégorie de personnes qui ont assumé des obligations corrélatives ou réciroques en échange des avantages en question.

Il y a naturellement des limites à la portée de cette pertinence. Certains avantages — les services fondamentaux de santé et de police, par exemple — peuvent en fait être dus de plein droit à toutes les personnes du seul fait de leur appartenance à

just by virtue of their humanity. In the case of such benefits, the right to an equal share will not be contingent upon an act of reciprocity by the recipient. It follows that these benefits, assuming them to exist, cannot be tied to the rights of citizenship. But it is not suggested here that immediate access to employment in the federal Public Service falls within this category of benefits, such that we can dispense with any notion of reciprocity. As is noted in *Citizenship 1996, supra*, at p. 6:

Canada has no military draft nor are its citizens required to partake in obligatory military service. The Canadian scheme adheres to an individualist definition of citizenship with few economic obligations toward the state and a wide degree of liberty, thus leaving it to the individual conscience in determining his or her duties as a citizen.

In such circumstances, we might reasonably accord the state a similarly wide latitude in determining some of the special rights of citizenship, including the one at issue in this case.

117 In conclusion, I find that this contextual factor militates strongly against finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* is discriminatory in the sense that it violates human dignity. Once an appropriately subjective-objective perspective is adopted it becomes evident that there is a valid state interest in tying the receipt of certain benefits to citizenship such that the withholding of those benefits from non-citizens cannot constitute an affront to human dignity. Use in this case of the analogous ground of citizenship as a basis for legislating differential treatment between individuals is both: (a) unavoidable, inasmuch as legislating over matters of citizenship itself entails differential treatment between citizens and non-citizens; and (b) appropriate, inasmuch as the ground of citizenship corresponds to real personal differences between the various individuals who would claim benefits from the state.

C. Nature of the Interest Affected

118 The fourth and final contextual factor in the non-exhaustive list mentioned in *Law* as potentially relevant to the discrimination inquiry (I have

l'espèce humaine, mais je n'ai pas à me prononcer sur cette question ici. Dans ce cas, le droit à une part égale n'est pas conditionnel à un acte réciproque de la part du bénéficiaire. Ces avantages, s'il en est, ne peuvent donc être liés aux droits de la citoyenneté. Mais on ne dit pas ici que l'accès immédiat à l'emploi dans la fonction publique fédérale appartient à cette catégorie d'avantages, ce qui permettrait d'écarter toute notion de réciprocité. Voici ce que dit *Citizenship 1996, op. cit.*, p. 6 :

[TRADUCTION] Le Canada n'a pas de conscription militaire et ses citoyens ne sont pas tenus de faire de service militaire. Le modèle canadien adopte une définition individualiste de la citoyenneté, avec peu d'obligations économiques envers l'État et un degré élevé de liberté, laissant ainsi à la conscience de chacun le soin de déterminer ses devoirs de citoyen.

Dans ces circonstances, nous pourrions raisonnablement accorder à l'État une aussi grande latitude dans la délimitation de certains des droits spéciaux de la citoyenneté, dont celui en cause dans le pourvoi.

En somme, j'estime que ce facteur contextuel milite fortement contre la conclusion que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* est discriminatoire en ce sens qu'il porte atteinte à la dignité humaine. Il devient évident, quand on adopte la perspective subjective-objective appropriée, que l'État a un intérêt valide à lier à la citoyenneté l'obtention de certains avantages, de sorte qu'en priver des non-citoyens ne peut constituer une atteinte à la dignité humaine. Le recours en l'espèce au motif analogue de la citoyenneté comme fondement de l'imposition par voie législative d'une différence de traitement est à la fois : a) inévitable, dans la mesure où le fait même de légiférer en matière de citoyenneté implique une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens; et b) approprié, dans la mesure où le motif de la citoyenneté correspond à des différences personnelles réelles entre les diverses personnes qui peuvent solliciter des avantages de l'État.

C. La nature de l'intérêt touché

Le quatrième et dernier des facteurs contextuels de la liste non exhaustive de l'arrêt *Law* pouvant être pertinents dans l'analyse de la discrimination

skipped over the third factor — whether the legislation is ameliorative in purpose or effect — since it clearly has no application to this case) requires a determination of the nature and scope of the interest affected by the impugned legislation. As was stated by L'Heureux-Dubé J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 63, and affirmed in *Law, supra*, at para. 74:

[T]he more severe and localized the . . . consequences [of the legislation] on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

Iacobucci J. went on in *Law*, at para. 74, to further elaborate on L'Heureux-Dubé J.'s comments in *Egan* by indicating that:

. . . the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question.

In my view the nature and scope of the interests affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are not sufficiently vital and large, nor the effects of that provision sufficiently severe and localized, to allow the claimants to successfully make out a violation of their essential human dignity.

I cannot accept my colleague Bastarache J.'s overly broad characterization of the interest at issue in this case as an interest in "employment" or "work" itself. It is of course true, as this Court has repeatedly held, that "work is a fundamental aspect of a person's life, [implicating his] livelihood, self-worth and human dignity" (para. 45). There are however a number of ways in which the interest at stake in the present case falls considerably short of being an interest in work *per se*.

To begin with, one should not overlook the various features of s. 16(4)(c) of the *PSEA* that serve to limit the scope of the interest it affects. Bastarache J. identifies these features as follows (at para. 61):

(j'ometts le troisième facteur relatif à l'objet ou à l'effet d'amélioration de la loi puisqu'il est évident qu'il ne s'applique pas ici) exige l'examen de la nature et de l'étendue du droit touché par la loi contestée. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 63, dans ce passage confirmé par la Cour dans *Law*, par. 74 :

[P]lus les conséquences [de la disposition législative] [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge Iacobucci ajoute ceci, dans *Law*, au par. 74, à l'observation précitée du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan* :

. . . on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans mesurer non seulement l'importance économique, mais, aussi l'importance sur le plan de la société et de la constitution, du droit ou des droits auxquels les dispositions en question ont porté atteinte.

À mon avis, la nature et l'étendue des droits touchés par l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* ne sont pas suffisamment essentielles et vastes, et les effets de cette disposition ne sont pas suffisamment graves et localisés pour permettre aux appelantes d'établir avec succès qu'il y a eu atteinte à leur dignité humaine essentielle.

Je ne puis accepter la qualification excessivement large que fait mon collègue le juge Bastarache de l'intérêt en cause comme étant « l'emploi » ou le « travail » comme tel. Il est certes vrai, et la Cour l'a souvent dit, que « le travail est un élément fondamental de la vie d'une personne [touchant sa] subsistance, [son] estime de soi et [sa] dignité humaine » (par. 45). En l'espèce toutefois, l'intérêt en cause n'équivaut pas, de loin et pour nombre de raisons, à l'emploi comme tel.

D'abord, il ne faut pas escamoter les diverses caractéristiques de l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* qui servent à limiter l'étendue des intérêts qu'il touche. Le juge Bastarache identifie ces caractéristiques de la façon suivante (au par. 61) :

119

120

(1) the fact that it is a preference only and not an absolute bar[;] (2) the fact that it does not apply to closed competition, which is the most common means of staffing Public Service positions [; and] (3) the fact that it only applies to the referral stage of open competition, not the inventory or eligibility stage, . . .

When one adds to this list of features the fact that s. 16(4)(c) only regulates access to the federal Public Service, leaving access to provincial Public Service entirely unrestricted to non-citizens, it becomes difficult to see how the interest it implicates can be appropriately characterized as an interest in work itself. Unlike *Andrews*, this is not a case in which the claimants are simply refused entry into their chosen profession because of their status as non-citizens. These various features of s. 16(4)(c) ensure that the claimants here need neither leave their province of residence in order to find work in their chosen field nor even settle for employment in the provincial Public Service if the federal Public Service is what they would prefer.

121

Indeed, upon more careful scrutiny it becomes apparent that the only interest that is really at stake here on the side of the claimants is something more akin to a lost chance than to an interest in employment itself. In this respect, the instant case is once again distinguishable from *Andrews*. The claimant in *Andrews* had met all the requirements necessary to the practice of law in British Columbia and was prevented from doing so only because of a law that excluded him from the profession on the basis of his status as a non-citizen. His interest in securing employment as a lawyer was thus sufficiently crystallized — sufficiently proximate in the sense that it was entirely within his control to do so but for the legal impediment at issue — that to deny him access to the profession on the irrelevant (in that case) ground of citizenship necessarily touched his essential human dignity. There is no parallel to this situation in the present case. Even if the citizenship preference in s. 16(4)(c) of the *PSEA* were to be struck down there is no sense in which the claimants here would be ensured, as Mr. Andrews would have been, of being able to pursue employment in their

(1) le fait qu'il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale, (2) le fait qu'elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique, [et] (3) le fait qu'elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public, et non à l'étape de l'établissement du répertoire ou de la liste d'admissibilité; . . .

Lorsqu'on ajoute à cette liste de caractéristiques le fait que l'al. 16(4)c ne réglemente que l'accès à la fonction publique fédérale, laissant l'accès à la fonction publique provinciale complètement ouvert aux non-citoyens, il devient difficile de voir comment l'intérêt en jeu peut être qualifié adéquatement comme le travail en soi. Contrairement à l'affaire *Andrews*, il ne s'agit pas d'une situation où il est refusé aux appelantes l'accès aux professions qu'elles ont choisies, en raison de leur statut de non-citoyennes. Ces diverses caractéristiques de l'al. 16(4)c font que les appelantes ne sont pas obligées de quitter la province où elles résident pour trouver du travail dans le domaine de leur choix, ni de se limiter à un emploi au sein de la fonction publique provinciale si c'est la fonction publique fédérale qu'elles préfèrent.

À vrai dire, un examen encore plus approfondi permet de voir que le seul intérêt réellement en cause ici pour les appelantes correspond davantage à une occasion manquée qu'à l'emploi en soi. À cet égard, la présente espèce peut encore une fois être distinguée d'*Andrews*. Dans cette affaire, le demandeur satisfaisait à toutes les exigences nécessaires à la pratique du droit en Colombie-Britannique, mais l'exercice de cette profession lui était refusé uniquement à cause d'une loi qui l'en excluait en raison de son statut de non-citoyen. L'intérêt en jeu, l'obtention d'un emploi à titre d'avocat, s'était ainsi suffisamment crystallisé — était devenu suffisamment immédiat en ce sens qu'il dépendait entièrement de lui sauf l'empêchement légal en cause — pour que le fait de lui refuser l'accès à la profession en raison du motif non pertinent (dans cette affaire) de la citoyenneté ait pour conséquence de toucher sa dignité humaine essentielle. La présente espèce ne peut soutenir le parallèle avec cette situation. Même si la préférence attribuée à la citoyenneté à l'al. 16(4)c de la *LEFP* était abrogée, les appelantes ne seraient d'aucune façon assurées,

chosen field. It would still be necessary for them to go on to succeed in open competition with others in order to secure any given position. Thus the nature of the interest here is not proximate and crystallized as it was in *Andrews* but remote and tenuous. At most, what s. 16(4)(c) deprives these claimants of is a chance to enter into open competition with others for positions in the federal Public Service. In fact it is not even clear that it deprives them of this much given that, as my colleague, Bastarache J. points out, “[n]on-citizens are routinely referred to open competition where . . . there are insufficient qualified Canadians to fill the particular position” (para. 24) and “the appellants Bailey and To-Thanh-Hien were themselves referred to open competition” (para. 62).

Thus, in terms of both its nature, which is tenuous and remote, and its scope, which is considerably narrowed by the limiting features of s. 16(4)(c), the interest at stake in this case does not approach being an interest in employment, or work, *per se*. Properly understood, in fact, this interest has little connection to the essential human dignity of the claimants. The foregoing analysis has already suggested why the effects of s. 16(4)(c) on the claimants cannot be considered particularly severe. I would conclude by adding that they are not very localized either, as my colleague Bastarache J.’s own reasoning seems to imply (at para. 71): “it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; thus, the latter’s disadvantage relative to the former does not appear significant” (emphasis in original).

III. Conclusion

In light of all of this, I find that the appellants have failed to establish that their claim satisfies the third branch of the *Law* test for assessing equality claims under s. 15(1) of the *Charter*. The reasonable person in circumstances similar to those of the claimants would, upon consideration of the various

comme pouvait l’être M. Andrews, de pouvoir exercer un emploi dans le domaine de leur choix. Elles devraient encore se présenter à des concours publics en concurrence avec d’autres personnes pour obtenir un poste. L’intérêt en l’espèce n’avait donc pas un caractère immédiat et cristallisé comme c’était le cas dans *Andrews*, mais éloigné et ténu. Tout au plus, ce dont l’al. 16(4)(c) de la *LEFP* prive ces appelantes, c’est d’une chance de participer avec d’autres personnes à des concours publics ouvrant des postes de la fonction publique fédérale. En fait, il n’est même pas évident qu’elles en soient privées, puisque, comme le souligne mon collègue le juge Bastarache, « [i]l est courant de présenter des non-citoyens dans le cadre de concours publics lorsque [. . .] le nombre de Canadiens qualifiés pour un poste donné est insuffisant » (par. 24), et « les appelantes Bailey et To-Thanh-Hien ont elles-mêmes été présentées dans le cadre d’un concours public » (par. 62).

Par conséquent, tant par son caractère ténu et éloigné, que par son étendue, qui est considérablement réduite par les caractéristiques limitatives de l’al. 16(4)(c), l’intérêt en cause ici est loin de correspondre à l’emploi ou au travail comme tel. Bien compris, l’intérêt en jeu n’a en fait que peu de rapport avec la dignité humaine essentielle des appelantes. L’analyse qui précède a déjà montré pourquoi les effets de l’al. 16(4)(c) sur les appelantes ne peuvent être considérés comme particulièrement graves. Je conclurais en ajoutant qu’ils ne sont pas très localisés non plus, comme le propre raisonnement de mon collègue le juge Bastarache le laisse entendre au par. 71 : « il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d’accéder à la fonction publique; ainsi, le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important » (souligné dans l’original).

III. Conclusion

Eu égard à toutes ces considérations, je conclus que les appelantes n’ont pas réussi à établir que leur allévation satisfait au troisième volet du test de l’arrêt *Law* pour l’appréciation des revendications du droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Une personne raisonnable se trouvant

contextual factors set out in *Law*, conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not offend the essential human dignity of the claimants and therefore does not discriminate. I would accordingly dismiss this appeal.

The following are the reasons delivered by

dans une situation semblable à celle des appelantes conclurait, après examen des divers facteurs contextuels établis dans *Law*, que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des appelantes et qu'il n'est donc pas discriminatoire. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

124

LEBEL J. — With respect for other views forcefully held in this case, I share Justice Arbour's opinion that s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, does not violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants' claim does not meet the third branch of the test designed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The citizenship preference does not affect the essential dignity of non-citizens. It is but a stage in an open process of integration in a fully shared citizenship. During this period, the future citizen is not viewed as an inferior member of Canadian society, but as a person who will be entitled to the full rights of citizenship and will have to bear its burdens and obligations in the near future. This person is fully valued in the eyes of others as someone who is engaged in the process of becoming a citizen. If a person chooses to remain outside this process, by reason of the application of foreign legislation and not of Canadian law, this has little to do with a claim of discrimination. If this is so, it is largely self-inflicted and does not flow from state action in Canada.

LE JUGE LEBEL — Avec égard pour les autres opinions vigoureusement exprimées dans la présente affaire, je me range à l'avis du juge Arbour que l'al. 16(4)c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, ne viole pas l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La prétention des appelantes ne satisfait pas en effet au troisième volet du critère élaboré dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. La préférence fondée sur la citoyenneté n'affecte pas la dignité essentielle des non-citoyens. Elle ne représente qu'une étape dans un processus ouvert d'intégration dans une citoyenneté pleinement partagée. Pendant cette période, le futur citoyen n'est pas considéré comme un membre inférieur de la société canadienne, mais comme une personne à qui seront bientôt conférés tous les droits rattachés à la citoyenneté et qui devra en assumer les charges et les obligations. Aux yeux des autres, cette personne est pleinement reconnue comme engagée dans le processus d'accession au statut de citoyen. Si elle choisit de demeurer en marge de ce processus, en raison de l'application d'une loi étrangère et non d'une loi canadienne, cela n'équivaut guère à de la discrimination. Sinon il s'agit d'une discrimination qu'on exerce contre soi-même et qui ne résulte pas d'une mesure étatique au Canada.

125

Given this conclusion, I do not need to discuss whether s. 1 could justify a breach of s. 15 in this case. I will thus refrain from expressing views which would be just so much *obiter* literature. I feel it necessary, though, to express my disagreement with my colleague Arbour J.'s approach to the *Oakes* test. In my view, it fails to reflect jurisprudential developments since *Oakes* which acknowledge that the minimal impairment branch of the test may leave a significant margin of appreciation as to the

Vu cette conclusion, je n'ai pas à examiner la question de savoir si l'article premier pourrait justifier une atteinte à l'art. 15 en l'espèce. Je m'abstiendrai donc de formuler à cet égard une opinion qui serait au mieux un *obiter dictum*. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer mon désaccord avec la façon dont ma collègue le juge Arbour aborde le critère de l'arrêt *Oakes*. À mon avis, son approche ne prend pas en compte l'évolution de la jurisprudence, depuis cet arrêt, qui reconnaît que le volet atteinte

selection of the appropriate remedies to Parliament and legislatures, provided they fall within a range of reasonable alternatives as Bastarache J. points out in his opinion. For these reasons, I agree that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed, MCLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien: Jewitt & Associates, Ottawa.

Solicitors for the appellant Janine Bailey: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Solicitor for the respondents: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Joanne St. Lewis and Milton James Fernandes, Montréal.

minimale de ce critère permet de laisser aux législatures fédérale et provinciales une marge importante d'appréciation dans la sélection des réparations appropriées, pourvu que celles-ci s'inscrivent à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, comme le souligne le juge Bastarache dans son opinion. Pour ces motifs, je conviens qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef MCLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et BINNIE sont dissidents.

Procureurs des appelantes Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien : Jewitt & Associates, Ottawa.

Procureurs de l'appelante Janine Bailey : Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.

Procureur des intimées : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant : Joanne St. Lewis et Milton James Fernandes, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Minh Khuan Mac *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAC

Neutral citation: 2002 SCC 24.

File No.: 28457.

2002: March 14.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Forgery — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in forging credit cards — Meaning of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Statutes — Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in forging credit cards — Proper interpretation of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code — Ambiguity arising from English version of Criminal Code resolved by clear language in French version — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 369(b).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 342.01(1)(d) [ad. 1997, c. 18, s. 17], 369(b).

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 152 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (5th) 138, 140 O.A.C. 270, [2001] O.J. No. 375 (QL), allowing the accused's appeal from conviction on five counts of possession of materials adapted and intended to be used to commit forgery, entering

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Minh Khuan Mac *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAC

Référence neutre : 2002 CSC 24.

N° du greffe : 28457.

2002 : 14 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Faux — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Sens du terme « adapted » dans la version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Lois — Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Interprétation du terme « adapted » dans la version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel — Ambiguïté décelée dans la version anglaise du Code criminel résolue par le libellé clair et non équivoque de la version française — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 369b).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 342.01(1)d) [aj. 1997, ch. 18, art. 17], 369b).

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 152 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (5th) 138, 140 O.A.C. 270, [2001] O.J. No. 375 (QL), accueillant l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à cinq chefs d'accusation de possession d'instruments adaptés et

acquittals on four counts and ordering a new trial on the remaining count. Appeal allowed.

Robert W. Hubbard and Susan Magotiaux, for the appellant.

Gregory Lafontaine and Tanya Kranjc, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

BASTARACHE J. — The sole issue in this appeal concerns the proper interpretation of the word “adapted” in s. 369(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The facts are set out in the decision of the Ontario Court of Appeal (*R. v. Mac* (2001), 152 C.C.C. (3d) 1).

At the respondent’s trial, Feldman J. held that the word “adapted”, as it was used in s. 369(b), meant “suitable for” rather than “modified or altered” ([1997] O.J. No. 5918 (QL) (Gen. Div.)). Accordingly, she instructed the jury that evidence of alteration or modification of the instruments found in the respondent’s possession was not necessary to form the basis of a conviction. The jury convicted the respondent on five counts of possession of instruments adapted and intended to be used to commit forgery, pursuant to s. 369(b) of the *Criminal Code*.

Doherty J.A. found that the word “adapted” had two equally viable meanings and that it could not be stated with any certainty which of the two meanings Parliament intended. As a result, he held that the ambiguity must be resolved in favour of the accused and allowed the respondent’s appeal.

Although we agree with Doherty J.A. that courts may resort to strict construction of penal statutes where ordinary principles of interpretation do not resolve an ambiguity, we are of the view that s. 369(b) is not ambiguous. Accordingly, we find it unnecessary to engage in the kind of interpretive analysis undertaken by the Court of Appeal. We say

destinés à servir pour commettre un faux, l’acquittant de quatre des chefs d’accusation et ordonnant la tenue d’un nouveau procès relativement au dernier chef d’accusation. Pourvoi accueilli.

Robert W. Hubbard et Susan Magotiaux, pour l’appelante.

Gregory Lafontaine et Tanya Kranjc, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE BASTARACHE — La seule question en litige dans le présent pourvoi touche l’interprétation du terme « *adapted* » figurant dans la version anglaise de l’al. 369b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Les faits sont exposés dans l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (*R. c. Mac* (2001), 152 C.C.C. (3d) 1).

Lors du procès de l’intimé, madame le juge Feldman a statué que le terme « *adapted* » employé à l’al. 369b) signifiait [TRADUCTION] « apte à » plutôt que « modifié » ([1997] O.J. No. 5918 (QL) (Div. gén.)). Par conséquent, elle a indiqué dans ses directives au jury que la preuve que les instruments trouvés en possession de l’intimé avaient été modifiés n’était pas nécessaire pour fonder une déclaration de culpabilité. Le jury a déclaré l’intimé coupable de cinq chefs de possession d’instruments adaptés et destinés à servir pour commettre un faux, infraction prévue à l’al. 369b) du *Code criminel*.

Le juge Doherty de la Cour d’appel a conclu que le terme « *adapted* » avait deux sens aussi valables l’un que l’autre et qu’il était impossible de dire avec certitude lequel de ces deux sens le législateur avait voulu lui attribuer. Il a donc statué que l’ambiguïté devait être résolue en faveur de l’accusé et il a accueilli l’appel de l’intimé.

Nous sommes d’accord avec le juge Doherty pour dire que les tribunaux peuvent donner une interprétation stricte d’une loi pénale lorsque les principes ordinaires d’interprétation ne permettent pas de résoudre une ambiguïté, mais nous sommes d’avis que l’al. 369b) n’est pas ambigu. Par conséquent, nous estimons inutile d’entreprendre une

1

2

3

4

this because the issue is resolved by referring to the French language version of the *Code* which was not argued in the courts below. Our Court requested the parties to address the French version in further submissions and rescheduled the hearing of the appeal to facilitate this.

analyse interprétative semblable à celle à laquelle s'est livrée la Cour d'appel. En effet, il est possible de trancher la question en litige en nous reportant à la version française du *Code*, qui n'a pas été invoquée devant les tribunaux d'instance inférieure. Notre Cour a demandé aux parties de traiter de la version française en présentant de nouvelles observations et a reporté l'audition du pourvoi pour leur faciliter cette tâche.

5 The *Criminal Code* is a bilingual statute of which both the English and French versions are equally authoritative. In his *Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327, Pierre-André Côté reminds us that statutory interpretation of bilingual enactments begins with a search for the shared meaning between the two versions. Where the words of one version may raise an ambiguity, courts should first look to the other official language version to determine whether its meaning is plain and unequivocal.

Le *Code criminel* est une loi bilingue dont les versions anglaise et française font pareillement autorité. Dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413-414, Pierre-André Côté rappelle que, pour interpréter une loi bilingue, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions. Dans les cas où une version peut être ambiguë, les tribunaux doivent d'abord examiner la version rédigée dans l'autre langue officielle pour déterminer si elle est claire, c'est-à-dire non équivoque.

6 In this case, any ambiguity arising from the English version is resolved by the clear and unambiguous language of the French version of s. 369(b). There is therefore no need to resort to further rules of statutory interpretation, such as those invoked by the Court of Appeal.

En l'espèce, toute ambiguïté décelée dans la version anglaise est résolue par le libellé clair et non équivoque de la version française de l'al. 369b). Il n'est donc pas nécessaire d'appliquer d'autres règles d'interprétation législative, telles celles invoquées par la Cour d'appel.

7 Section 369(b) and s. 342.01(1)(d), as noted by Doherty J.A., are related provisions. They must be read together. The French version of s. 342.01(1)(d) uses the word "*modifié*" for the English word "adapted". In contrast, in s. 369(b), the word "*adapté*" is used together with the English expression "adapted". This makes clear that, in the first case, "adapted" means altered or modified, while in the second case it does not. Thus the common meaning of "adapted/*adapté*" in s. 369(b) is "suitable for".

Les alinéas 369b) et 342.01(1)d) sont liés, comme l'a mentionné le juge Doherty. Ils doivent être interprétés ensemble. La version française de l'al. 342.01(1)d) utilise le terme « *modifié* » comme équivalent du terme anglais « *adapted* ». Par contre, c'est l'équivalent « *adaptés* » qui correspond au terme « *adapted* » dans l'al. 369b). Il est donc clair que, dans le premier cas, le terme « *adapted* » signifie *modifié* et qu'il n'a pas ce sens dans le dernier cas. Le sens commun des termes « *adapted/adaptés* » à l'al. 369b) est donc « *apte à* ».

8 Consequently, we allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the decision of the trial judge. The matter is remitted to the Ontario Court of Appeal with regard to the appeal of sentence.

Par conséquent, nous accueillons le pourvoi, nous annulons l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et nous rétablissons la décision du juge de première instance. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle tranche l'appel de la sentence.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lafontaine & Associate, Toronto.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lafontaine & Associate, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Éric Lamy *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LAMY

Neutral citation: 2002 SCC 25.

File No.: 28158.

Hearing and judgment: February 12, 2002.

Reasons delivered: March 21, 2002.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Elements of offence — Sexual assault with a weapon — Definition of weapon — Whether use of bamboo dildo in sexual assault constituting sexual assault with a weapon — Meaning of term “injury” in definition of “weapon” in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 272(1)(a).

The accused was convicted at trial of sexual assault with a weapon and of anal intercourse. During the sexual assault, the accused penetrated the complainant with a long bamboo dildo in the shape of a baseball bat. The Court of Appeal held that the trial judge erred in concluding that the forced introduction of an object into the vagina of the complainant was sufficient to constitute sexual assault with a weapon. Accordingly, the Court of Appeal substituted a conviction for the included offence of sexual assault *simpliciter* and reduced the sentence imposed at trial.

Held: The appeal should be allowed. The verdict and the sentence should be restored.

If an object is used in inflicting injury, be it physical or psychological, in the commission of a sexual assault,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Éric Lamy *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. LAMY

Référence neutre : 2002 CSC 25.

N^o du greffe : 28158.

Audition et jugement : 12 février 2002.

Motifs déposés : 21 mars 2002.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Éléments de l'infraction — Agression sexuelle armée — Définition de « arme » — L'utilisation d'un godemiché en bambou dans une agression sexuelle en fait-elle une agression sexuelle armée? — Sens du mot « blesser » dans la définition de « arme » à l'art. 2 du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 272(1)a).

L'accusé est déclaré coupable au procès d'agression sexuelle armée et de relations sexuelles anales. Pendant l'agression sexuelle, l'accusé pénètre la plaignante avec un long godemiché de bambou en forme de bâton de baseball. La Cour d'appel conclut que le juge du procès a fait erreur en concluant que l'introduction par la force d'un objet dans le vagin de la plaignante suffisait pour constituer l'infraction d'agression sexuelle armée. En conséquence la Cour d'appel substitue une déclaration de culpabilité sur l'infraction incluse d'agression sexuelle simple et réduit la peine prononcée au procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le verdict et la peine sont rétablis.

Si un objet est utilisé dans l'infliction d'une blessure (physique ou psychologique) dans une agression

it is not necessary that the injury amount to bodily harm to trigger the application of s. 272(1)(a) of the *Criminal Code*. In the present case, there was evidence of injury. The assault hurt the complainant and there was extensive bruising in her groin area. The complainant bled sufficiently that traces of blood were left on the accused's sofa. A proper application of the criminal causation rules allowed the trial judge to conclude that the complainant was injured by the sexual assault, and that the use of the object was sufficiently linked to the injuries to allow the conclusion that the object used in committing the assault was a weapon as defined in s. 2 of the *Criminal Code*. With respect to the mental element required to make an object a weapon, taken literally, the French version of s. 2 could suggest that an object must be designed, used or intended to be used for the purpose of causing injury in order to become a weapon. However, the English text clarifies that when an object is actually used in causing death or injury, the object need not be used for the purpose of killing or injuring, but merely in causing injury or death. The accused must knowingly or recklessly use the object without the consent of the victim in circumstances where injury was reasonably foreseeable. Here the accused sexually assaulted the complainant and caused her injuries by the use of force which included forcible penetration with an object. It squarely falls within the definition of s. 2 to conclude that the object was used in causing injury, thereby constituting a weapon.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "bodily harm" [ad. 1994, c. 44, s. 2(2)], "weapon" [repl. 1995, c. 39, s. 138(1)], 159(1), 272(1)(a) [*idem*, s. 145], (c) [*idem*].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 2000-1466, [2000] Q.J. No. 2267 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault with a weapon and substituting a conviction on a charge of sexual assault. Appeal allowed.

Jacques Mercier, for the appellant.

Louis Gélinas and *Yvan Braun*, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener.

sexuelle, il n'est pas nécessaire que la blessure équivaille à des lésions corporelles pour que soit déclenchée l'application de l'al. 272(1)a) du *Code criminel*. En l'espèce, il y avait une preuve de blessure. L'agression a blessé la plaignante et elle avait des ecchymoses importantes dans la région de l'aîne. Elle a suffisamment saigné pour laisser des traces de sang sur le divan de l'accusé. L'application des règles de causalité en matière criminelle permettait au juge du procès de conclure que la plaignante avait été blessée par l'agression sexuelle et que l'utilisation de l'objet était suffisamment liée aux blessures pour permettre la conclusion que l'objet utilisé en commettant l'agression était une arme au sens de l'art. 2 du *Code*. Pour ce qui est de l'élément moral requis pour faire d'un objet une arme, la version française de l'art. 2, prise littéralement, pourrait vouloir dire que l'objet doit être conçu ou utilisé, ou qu'une personne entende l'utiliser, dans le but de blesser. La version anglaise fournit une clarification indiquant que, lorsqu'un objet a été utilisé pour tuer ou blesser, il n'est pas exigé qu'il ait été utilisé dans le but de tuer ou blesser, mais seulement qu'il ait été utilisé en causant la mort ou une blessure. L'accusé doit sciemment ou inconsidérément utiliser l'objet sans le consentement de la victime dans des circonstances où la blessure est raisonnablement prévisible. En l'espèce, l'accusé a agressé sexuellement la plaignante et l'a blessée en employant la force, dont une pénétration de force avec un objet. Il est parfaitement compatible avec la définition de l'art. 2 de conclure que l'objet a été utilisé pour causer des blessures et peut donc être qualifié d'arme.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles » [aj. 1994, ch. 44, art. 2(2)], « arme » [repl. 1995, ch. 39, art. 138(1)], 159(1), 272(1)a) [*idem*, art. 145], c) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 2000-1466, [2000] J.Q. n° 2267 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre une déclaration de culpabilité d'agression sexuelle armée et y a substitué un verdict de culpabilité d'agression sexuelle simple. Pourvoi accueilli.

Jacques Mercier, pour l'appelante.

Louis Gélinas et *Yvan Braun*, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ARBOUR J. —

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

I. Introduction

1 This appeal involves the interpretation of the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, dealing with sexual assault with a weapon. It invites us to examine the circumstances in which the use of an object in the course of a sexual assault can amount to the offence contemplated by s. 272(1)(a) of the *Code*.

Le pourvoi porte sur l'interprétation des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ayant trait à l'agression sexuelle armée, et nous invite à examiner les circonstances dans lesquelles l'utilisation d'un objet au cours d'une agression sexuelle peut donner lieu à l'infraction visée à l'al. 272(1)a) du *Code*.

2 The accused was convicted at trial of sexual assault with a weapon (s. 272(1)(a)) and of anal intercourse (s. 159(1)). However, upon a concession made by the Crown that it had not met its burden of proof, the accused was acquitted of sexual assault causing bodily harm (s. 272(1)(c)).

À son procès, l'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle armée (al. 272(1)a)) et de relations sexuelles anales (par. 159(1)). Cependant, il a été acquitté de l'accusation d'agression sexuelle causant des lésions corporelles (al. 272(1)c)), le ministère public ayant concédé ne pas avoir satisfait au fardeau de preuve.

3 There is no issue before us as to the conviction for anal intercourse or whether the accused committed a sexual assault. The only issue is whether, in the circumstances, the respondent was properly convicted of sexual assault with a weapon.

Le pourvoi ne concerne aucunement la déclaration de culpabilité pour relations sexuelles anales ni la question de savoir si l'accusé a commis une agression sexuelle. La seule question en litige est de savoir si, dans les circonstances, l'intimé a été déclaré coupable à juste titre d'agression sexuelle armée.

II. Facts

II. Les faits

4 The respondent met the complainant, a 20-year-old woman, in a bar and offered to drive her to a pre-arranged meeting with her friends. En route, he indicated that he had to stop at his home and invited her in. He then proceeded to kiss her, against her protestations, and he pushed her down onto a sofa. He held her there, against her will, undressed her and penetrated her vagina with his penis. He then turned her around and penetrated her anus. He turned her again and at this point she realized that he was inserting an object into her vagina. In her evidence she described that object as a stick, which she thought at the time might be a billiard queue. The instrument used by the accused to penetrate the victim was a decorated bamboo dildo, which the respondent said he had purchased as a sexual aid in a shop in Mexico. This dildo is in the shape of a baseball

L'intimé rencontre la plaignante, âgée de 20 ans, dans un bar et lui offre de la conduire à un rendez-vous qu'elle a pris avec des amis. En chemin, il lui dit qu'il doit arrêter chez lui et l'invite à entrer. Il commence alors à l'embrasser malgré ses protestations et la couche sur un divan. Il la tient là contre son gré, la déshabille et lui introduit le pénis dans le vagin. Il la retourne et la pénètre dans l'anus. Il la retourne encore et, à ce moment-là, elle se rend compte qu'il lui insère un objet dans le vagin. Dans son témoignage, elle décrit cet objet comme un bâton qu'elle croyait alors être une baguette de billard. L'instrument utilisé par l'accusé pour pénétrer la victime est un godemiché de bambou décoré, qu'il dit avoir acheté comme stimulant sexuel dans un magasin au Mexique. Le godemiché a la forme d'un bâton de baseball et mesure environ 24 pouces de long. La plaignante

bat, and is approximately 24 inches long. Although the complainant thought that the large end of the stick had been used to penetrate her, the samples taken for DNA analysis revealed that it is the thin end of the dildo that was inserted into her vagina.

The complainant testified that the respondent's assault hurt her, and that she was bleeding afterwards. She had recently had a uterine infection and thought that this might have contributed to the bleeding. The respondent denied sexually assaulting the complainant. He claimed that she was a consenting partner and that she had responded enthusiastically to his advances. As for the use of the dildo, he testified that the complainant had used it to masturbate herself. He admitted that this object belonged to him and said that he had used it in the past with several other partners as a sexual stimulant.

The trial judge accepted the evidence of the complainant, gave detailed reasons as to why he did not accept the respondent's version and concluded that there was no doubt that the accused had committed a sexual assault with a weapon. He did so without reference to the definition of "weapon" in s. 2 of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal reversed the conviction for sexual assault with a weapon, substituted a conviction for the included offence of sexual assault *simpliciter*, and reduced the sentence accordingly. The Court of Appeal held that the trial judge erred in concluding that the forced introduction of an object into the vagina of the complainant was sufficient to constitute sexual assault with a weapon, as that term is defined in the *Code*.

III. Analysis

For purposes of analysis, the relevant sections of the *Criminal Code*, must be set out in both French and English:

2. In this Act,

croyait qu'il avait utilisé la partie large du bâton, mais les empreintes génétiques révèlent que c'est la petite partie du godemiché que l'intimé a introduit dans le vagin de la plaignante.

Dans son témoignage, la plaignante dit qu'elle a été blessée par l'agression de l'intimé et qu'elle a saigné après. Elle avait récemment souffert d'une infection utérine et croyait que cela pouvait avoir contribué au saignement. L'intimé nie avoir agressé sexuellement la plaignante. Il allègue qu'elle était une partenaire consentante et qu'elle a répondu à ses avances avec enthousiasme. Pour ce qui est de l'utilisation du godemiché, il affirme que la plaignante l'a utilisé pour se masturber. Il admet que cet objet lui appartenait et qu'il s'en était servi dans le passé avec d'autres partenaires comme stimulant sexuel.

Le juge du procès accepte le témoignage de la plaignante, explique en détail pourquoi il n'accepte pas la version de l'intimé et conclut qu'il n'y a aucun doute que l'accusé a commis une agression sexuelle armée. Il arrive à cette conclusion sans se reporter à la définition du mot « arme » à l'art. 2 du *Code criminel*.

La Cour d'appel annule la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle armée, substitue une déclaration de culpabilité sur l'infraction incluse d'agression sexuelle simple et réduit la peine en conséquence. La Cour d'appel statue que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'introduction par la force d'un objet dans le vagin de la plaignante suffisait pour constituer une agression sexuelle armée, au sens du *Code*.

III. Analyse

Pour les besoins de l'analyse, les dispositions pertinentes du *Code criminel* doivent être citées côte à côte dans leur version française et anglaise :

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

“weapon” means any thing used, designed to be used or intended for use

(a) in causing death or injury to any person, or

(b) for the purpose of threatening or intimidating any person

and, without restricting the generality of the foregoing, includes a firearm;

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

« arme » Toute chose conçue, utilisée ou qu’une personne entend utiliser pour soit tuer ou blesser quelqu’un, soit le menacer ou l’intimider. Sont notamment visées par la présente définition les armes à feu.

272. (1) Every person commits an offence who, in committing a sexual assault,

(a) carries, uses or threatens to use a weapon or an imitation of a weapon;

(b) threatens to cause bodily harm to a person other than the complainant;

(c) causes bodily harm to the complainant; or

(d) is a party to the offence with any other person.

272. (1) Commet une infraction quiconque, en commettant une agression sexuelle, selon le cas :

a) porte, utilise ou menace d’utiliser une arme ou une imitation d’arme;

b) menace d’infliger des lésions corporelles à une autre personne que le plaignant;

c) inflige des lésions corporelles au plaignant;

d) participe à l’infraction avec une autre personne.

There is no appeal from the acquittal on the charge of sexual assault causing bodily harm. It is also common ground that the dildo was not a “thing . . . designed to be used” to kill, injure, threaten or intimidate. The Crown contends that the respondent may be found guilty under s. 272(1)(a)

« arme » Toute chose conçue, utilisée ou qu’une personne entend utiliser pour soit tuer ou blesser quelqu’un, soit le menacer ou l’intimider. Sont notamment visées par la présente définition les armes à feu.

2. In this Act,

“weapon” means any thing used, designed to be used or intended for use

(a) in causing death or injury to any person, or

(b) for the purpose of threatening or intimidating any person

and, without restricting the generality of the foregoing, includes a firearm;

272. (1) Commet une infraction quiconque, en commettant une agression sexuelle, selon le cas :

a) porte, utilise ou menace d’utiliser une arme ou une imitation d’arme;

b) menace d’infliger des lésions corporelles à une autre personne que le plaignant;

c) inflige des lésions corporelles au plaignant;

d) participe à l’infraction avec une autre personne.

272. (1) Every person commits an offence who, in committing a sexual assault,

(a) carries, uses or threatens to use a weapon or an imitation of a weapon;

(b) threatens to cause bodily harm to a person other than the complainant;

(c) causes bodily harm to the complainant; or

(d) is a party to the offence with any other person.

Il n’y a pas d’appel contre l’acquiescement du chef d’agression sexuelle causant des lésions corporelles. Il est également reconnu que le godemiché n’est pas une « chose conçue » soit pour tuer ou blesser quelqu’un, soit le menacer ou l’intimider. Le ministère public soutient que

if he uses “any thing . . . in causing . . . injury to any person” (in French: *s’il utilise “toute chose . . . pour . . . blesser quelqu’un”*). The Crown argues that when an object is actually used in causing injury, it is not necessary to prove that the accused subjectively intended that it be used for that purpose.

The Court of Appeal concluded otherwise, referring only to the French version of the definition of weapon which, taken alone, could be read to suggest that for an object to become a weapon it must be designed, used, or intended to be used for one of the prohibited purposes. The court held that a subjective test had to be applied and that in order to be found guilty an accused had to have an intention to use the object as a weapon. The court found that the trial judge could not conclude that the respondent had used the dildo for any of the prohibited purposes. It was not used to kill, threaten or intimidate; in light of the acquittal on the bodily harm offence, the Court of Appeal seems to have concluded that the dildo was also not used to injure.

With respect, the conclusion reached by the Court of Appeal rests on an insufficient analysis of the legal requirements of the offence, and on a misapplication of the law to the facts. In particular, the Court of Appeal did not refer to the English version of the definition of “weapon” in the *Code*, which would have dissipated any ambiguity which might arise from the French text.

On the facts of this case, it was in my view entirely open to the trial judge to find that the object was used by the accused as a weapon in that it was “used . . . in causing . . . injury” to the victim. This conclusion requires a proper understanding of the term “injury” in s. 2, and of the intent required to turn an object into a weapon within the meaning of that section.

The expression “injury” in s. 2 is not synonymous with “bodily harm”. Sexual assault causing bodily harm is the object of a separate offence, provided for by s. 272(1)(c). The expression “bodily

l’intimé peut être déclaré coupable en vertu de l’al. 272(1)a) s’il utilise « toute chose [. . .] pour [. . .] blesser quelqu’un », et selon la version anglaise *uses « any thing [. . .] in causing [. . .] injury to any person »*. Selon le ministère public, lorsque, dans les faits, un objet a servi à causer des blessures, il n’est pas nécessaire d’établir que l’accusé avait subjectivement l’intention de l’utiliser à cette fin.

La Cour d’appel arrive à une conclusion différente, se reportant seulement à la définition française du mot « arme » qui, prise isolément, pourrait vouloir dire que, pour qu’un objet devienne une arme, il faut qu’il ait été conçu ou utilisé, ou qu’une personne entende l’utiliser, pour l’une des fins interdites. La cour conclut qu’il faut appliquer un critère subjectif et que, pour déclarer l’accusé coupable, il faut établir qu’il avait l’intention d’utiliser l’objet comme une arme. La cour estime que le juge du procès ne pouvait conclure que l’intimé avait utilisé le godemiché à l’une des fins interdites. L’objet n’a pas été utilisé pour tuer, menacer ou intimider; et la Cour d’appel semble avoir conclu que, compte tenu de l’acquiescement de l’infraction d’avoir infligé des lésions corporelles, il n’a pas été utilisé non plus pour blesser.

Avec égards, la conclusion de la Cour d’appel repose sur une analyse insuffisante des conditions juridiques régissant l’infraction, et sur une mauvaise application du droit aux faits. Plus particulièrement, la Cour d’appel ne s’est pas reportée au texte anglais de la définition du mot « arme » dans le *Code*, qui aurait dissipé toute ambiguïté pouvant résulter du texte français.

Vu les faits de l’espèce, le juge du procès avait à mon avis l’option de conclure que l’objet avait été utilisé comme une arme par l’accusé puisqu’il avait été « utilis[é] [. . .] pour [. . .] blesser » la victime. Cette conclusion demande de bien comprendre le sens du mot « blesser » à l’art. 2 ainsi que l’intention requise pour qu’un objet devienne une arme au sens de cette disposition.

« Blesser » à l’art. 2 n’est pas synonyme de « infliger des lésions corporelles ». L’agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles fait l’objet de l’infraction distincte visée à l’al. 272(1)c).

10

11

12

13

harm”, which is broadly used in the context of assaults, is defined in s. 2 to mean “any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature” (emphasis added). This in itself is sufficient to establish that the acquittal of the respondent on the charge of sexual assault causing bodily harm is not dispositive of the question of whether he used an object “in causing . . . injury” so as to make that object a weapon. One cannot go as far as the appellant argues, and conclude that because all cases of sexual assault cause injury (physical or psychological), that therefore if an object is used in the course of any sexual assault, the charge of sexual assault with a weapon is automatically made out. On the other hand, if an object is used in inflicting injury, be it physical or psychological, in the commission of a sexual assault, it is not necessary that the injury amount to bodily harm to trigger the application of s. 272(1)(a).

L’expression « lésions corporelles », qui est utilisée largement dans le contexte des voies de fait, est ainsi définie à l’art. 2 : « Blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d’une personne et qui n’est pas de nature passagère ou sans importance » (je souligne). Cela suffit en soi pour établir que l’acquiescement de l’intimé de l’accusation d’agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles ne détermine pas la question de savoir si l’intimé a utilisé un objet « pour [. . .] blesser », ce qui ferait de cet objet une arme. On ne saurait aller aussi loin que l’appelante et conclure que, puisque toutes les agressions sexuelles causent des blessures (physiques ou psychologiques), l’utilisation d’un objet au cours de la perpétration d’une agression sexuelle permet d’établir automatiquement le chef d’agression sexuelle armée. En revanche, si un objet est utilisé dans l’infliction d’une blessure (physique ou psychologique) dans une agression sexuelle, il n’est pas nécessaire que la blessure équivaille à des lésions corporelles pour que soit déclenchée l’application de l’al. 272(1)a).

14

Without providing an exhaustive definition of “injury” or a catalogue of distinctions between “injury” and “bodily harm”, it is sufficient to say here that there was evidence of injury. The complainant testified that the assault was hurting her, and the doctor who examined the complainant testified to finding extensive recent bruising in her groin area. She bled sufficiently that traces of blood were left on the respondent’s sofa. The respondent, who is now admittedly guilty of sexual assault, cannot exonerate himself from having caused the injury by claiming that the bleeding may have been triggered by a pre-existing medical condition of the victim. In the same way, it is not open to him to claim, in the circumstances of this case, that the injuries to the complainant may not be attributable to the insertion of the object in her vagina against her will, but may have resulted from the part of the assault in which no object was used. In my view, a proper application of the criminal causation rules allowed the trial judge to conclude that the complainant was injured by the sexual assault committed on her by the respondent, and that the use of the object was sufficiently linked to the injuries to allow the conclusion that

Sans donner de définition exhaustive du mot « blessure » (*injury*) ou « blesser » (*to cause injury*), ni faire le catalogue des distinctions entre « blessure » et « lésions corporelles », qu’il suffise de dire qu’il y avait en l’espèce preuve de blessures. La plaignante a témoigné que l’agression lui a fait mal et le médecin qui l’a examinée a témoigné qu’elle avait des ecchymoses récentes et importantes dans la région de l’aîne. Elle a suffisamment saigné pour laisser des traces de sang sur le divan de l’intimé. L’intimé, qui est maintenant reconnu coupable d’agression sexuelle, ne peut se disculper d’avoir causé les blessures en alléguant que le saignement peut avoir été déclenché par l’état de santé préexistant de la victime. De même, il n’est pas en mesure de soutenir, dans les circonstances en l’espèce, que les blessures de la plaignante peuvent ne pas être attribuables à l’insertion contre son gré d’un objet dans son vagin, mais que ces blessures pourraient résulter de la partie de l’agression où aucun objet n’a été utilisé. À mon avis, l’application des règles de causalité en matière criminelle permettait au juge du procès de conclure que la plaignante avait été blessée par l’agression sexuelle commise contre elle par l’intimé, et que l’utilisation

the object used in committing the assault was a weapon as defined in s. 2. This reasoning applies equally to physical and psychological injuries.

The Court of Appeal also failed to distinguish the various mental elements required to make an object a weapon under s. 2. As indicated earlier, the French version of the definition of “weapon” (“*arme*”) in s. 2, taken literally, could suggest that for an object to become a weapon, it must be designed, used, or intended to be used for the purpose of causing injury. The English version provides a clarification that is consistent with a sound interpretation of the intent required for an object to become a weapon in all the different sets of circumstances contemplated by the provision. In contrast to the design, the use or the intended use of an object to threaten or intimidate, when an object is actually used in causing death or injury, the English text does not import a requirement that the object be used “for the purpose” of killing or injuring, but merely “in causing” death or injury.

It is sensible to distinguish between the design of an object and its intended use from its actual use in causing injury in the commission of a sexual assault. A causal connection must obviously exist between the injury caused by the sexual assault and the use of an object while performing the assault. For instance, if an accused compelled a victim to wear a particular article of clothing while he sexually assaulted her, even if injuries were sustained in the assault, the piece of clothing would obviously not become a weapon. In the same way, the accused must have knowingly or recklessly used the object without the consent of the victim in circumstances where injury was reasonably foreseeable. When an accused, as here, sexually assaults the complainant, by using force against her without her consent, and causes her injuries by the use of such force which includes forcible penetration with an object, I think that it falls squarely within

de l’objet était suffisamment liée aux blessures pour permettre la conclusion que l’objet utilisé en commettant l’agression était une arme au sens de l’art. 2. Ce raisonnement s’applique aux blessures tant psychologiques que physiques.

La Cour d’appel a omis aussi de distinguer les divers éléments moraux requis pour faire d’un objet une arme au sens de l’art. 2. Comme je le dis plus haut, la version française de la définition du mot « arme » à l’art. 2, prise littéralement, pourrait vouloir dire que, pour qu’un objet devienne une arme, il faut qu’il soit conçu ou utilisé, ou qu’une personne entende l’utiliser, dans le but de blesser. La version anglaise fournit une clarification qui est compatible avec une interprétation correcte de l’intention requise pour faire d’un objet une arme dans toutes les situations visées par la disposition. Le texte anglais fait une distinction entre l’objet conçu ou utilisé, ou qu’une personne entend utiliser « *for the purpose of threatening or intimidating* », c’est-à-dire « dans le but de menacer ou d’intimider », et l’objet qui a été utilisé « *in causing death or injury* », c’est-à-dire « en causant la mort ou une blessure ». Dans ce dernier cas, le législateur n’a pas utilisé les mots « *for the purpose of* » qui exigeraient que l’objet soit utilisé « dans le but de » causer la mort ou une blessure.

Il est sensé de faire une distinction entre ce pour quoi un objet est conçu ou ce pour quoi on prévoit l’utiliser, et le fait qu’il ait servi dans les faits à causer des blessures pendant une agression sexuelle. De toute évidence, il faut un lien de causalité entre la blessure causée par l’agression sexuelle et l’utilisation d’un objet au cours de l’agression. Par exemple, si l’accusé contraint la victime à porter un vêtement particulier pendant qu’il l’agresse sexuellement, il est évident que ce vêtement ne devient pas une arme même si la victime subit des blessures pendant l’agression. De même, l’accusé doit sciemment ou inconsidérément utiliser l’objet sans le consentement de la victime dans des circonstances où la blessure est raisonnablement prévisible. Lorsqu’un accusé, comme en l’espèce, agresse sexuellement la plaignante en employant la force contre elle sans qu’elle y consente, et que le recours à cette force,

15

16

the definition of s. 2 to conclude that the object was used in causing injury, thereby constituting a weapon.

dont une pénétration de force avec un objet, lui a causé des blessures, j'estime qu'il est parfaitement compatible avec la définition de l'art. 2 de conclure que l'objet a été utilisé pour causer des blessures et peut donc être qualifié d'arme.

17

Although the trial judge did not refer to the above analysis, his conclusions are consistent with a proper interpretation of the law. However, the Court of Appeal did err in finding that there was no evidence of injury, and in concluding that the dildo was not used with the subjective intent of causing injury. When an accused knowingly or recklessly applies force and sexually assaults a complainant, if he uses an object in doing so, and if the object contributes to the harm caused to the victim by the assault, the accused cannot escape a conviction for sexual assault with a weapon by claiming that his intention was to sexually stimulate the person that he was otherwise assaulting.

Bien que le juge du procès n'ait pas fait cette analyse, ses conclusions sont compatibles avec une bonne interprétation du droit. Par ailleurs, la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de preuve de blessure et que le godemiché n'avait pas été utilisé dans l'intention subjective de blesser. Lorsqu'un accusé emploie sciemment ou inconsidérément la force et agresse sexuellement une personne, s'il utilise un objet dans l'agression et que cet objet contribue au mal causé à la victime par l'agression, l'accusé ne peut échapper à la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle armée en alléguant qu'il avait l'intention de stimuler sexuellement la personne qu'il était en train d'agresser.

IV. Disposition

IV. Dispositif

18

At the conclusion of the hearing of this appeal, the Court allowed the appeal and restored the trial judge's verdict and sentence.

La Cour a accueilli l'appel à l'audience et a rétabli le verdict et la peine prononcés par le juge du procès.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: The Attorney General's Prosecutor, Shawinigan.

Procureur de l'appelante : Le substitut du Procureur général, Shawinigan.

Solicitor for the respondent: Louis Gélinas, Montréal.

Procureur de l'intimé : Louis Gélinas, Montréal.

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Colin Sheppard *Respondent***INDEXED AS: R. v. SHEPPARD****Neutral citation: 2002 SCC 26.**

File No.: 27439.

2001: June 21; 2002: March 21.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND*Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal case — Appellate review — Proposed approach — Functional test.**Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Court of Appeal setting aside accused's conviction for possession of stolen property and ordering new trial because trial decision unintelligible and incapable of proper appellate review — Whether trial judge erred in law in failing to deliver meaningful reasons for his decision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a).*

The accused, a carpenter with no criminal record, separated from his girlfriend. Their relationship had been stormy and the separation was not amicable. He had been renovating his house and, two days after the separation, his ex-girlfriend told the police that he had confessed to her to stealing two windows from a local supplier. The supplier confirmed that two windows were missing from a truck parked across the road from his shop, which was used for storage. Employees and passers-by had access to the area and there had been no indication of forced entry. The accused was charged with possession of stolen property. At trial, the ex-girlfriend's evidence was the only evidence connecting him to the missing windows. She testified that he stole them "to use in his house", but there was no evidence that a search had been made of his premises. No stolen windows were found in the accused's possession or elsewhere. The accused testified and asserted his innocence. Despite the weaknesses of the Crown's evidence, he was convicted. The trial judge

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Colin Sheppard *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. SHEPPARD****Référence neutre : 2002 CSC 26.**

N° du greffe : 27439.

2001 : 21 juin; 2002 : 21 mars.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.**Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Décision de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé pour possession de biens volés et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que la décision de première instance n'était pas intelligible et rendait impossible un examen judiciaire valable en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en ne prononçant pas de motifs valables à l'appui de sa décision — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a).*

L'accusé, un menuisier sans casier judiciaire, s'est séparé de sa petite amie. Leur relation était orageuse et leur séparation ne s'est pas faite à l'amiable. Il rénovait sa maison et, deux jours après la séparation, son ex-petite amie a raconté aux policiers qu'il lui avait avoué avoir volé deux fenêtres d'un fournisseur local. Le fournisseur a confirmé que deux fenêtres manquaient dans un camion stationné en face de son commerce qu'il utilisait en guise d'entrepôt. Les employés et les passants avaient accès à ces lieux et aucune trace d'effraction n'avait été relevée. Des accusations de possession de biens volés ont été portées contre l'accusé. Au procès, l'unique preuve reliant l'accusé aux fenêtres manquantes était le témoignage de son ex-petite amie. Elle a affirmé dans son témoignage que l'accusé les avait volées « pour s'en servir dans sa maison », mais aucune preuve n'établissait qu'une perquisition avait été effectuée sur les lieux. Les fenêtres volées n'ont jamais été retrouvées en la possession de l'accusé, ni où que ce soit. L'accusé a témoigné et affirmé son

addressed none of the troublesome issues in the case but said only: "Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged." A majority of the Court of Appeal characterized the trial reasons as "boiler plate". The conviction was set aside and a new trial ordered based on the absence of adequate reasons.

Held: The appeal should be dismissed. The trial judge erred in law in failing to provide reasons that were sufficiently intelligible to permit appellate review of the correctness of his decision.

The requirement of reasons is tied to their purpose and the purpose varies with the context. The present state of the law on the duty of a trial judge to give reasons, in the context of appellate intervention in a criminal case, can be summarized in the following propositions:

1. The delivery of reasoned decisions is inherent in the judge's role. It is part of his or her accountability for the discharge of the responsibilities of the office. In its most general sense, the obligation to provide reasons for a decision is owed to the public at large.
2. An accused person should not be left in doubt about why a conviction has been entered. Reasons for judgment may be important to clarify the basis for the conviction but, on the other hand, the basis may be clear from the record. The question is whether, in all the circumstances, the functional need to know has been met.
3. The lawyers for the parties may require reasons to assist them in considering and advising with respect to a potential appeal. On the other hand, they may know all that is required to be known for that purpose on the basis of the rest of the record.
4. The statutory right of appeal, being directed to a conviction (or, in the case of the Crown, to a judgment or verdict of acquittal) rather than to the reasons for that result, not every failure or deficiency in the reasons provides a ground of appeal.
5. Reasons perform an important function in the appellate process. Where the functional needs are not

innocence. Il a été déclaré coupable malgré les faiblesses de la preuve du ministère public. Le juge du procès n'a traité aucune des questions problématiques en litige et a simplement dit : « Après avoir examiné l'ensemble des témoignages en l'espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés. » La Cour d'appel, à la majorité, a qualifié les motifs de première instance de « formule standard ». Elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour cause d'insuffisance des motifs.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne donnant pas de motifs suffisamment intelligibles pour permettre l'examen en appel de la justesse de sa décision.

L'obligation de donner des motifs est liée à leur fin, qui varie selon le contexte. L'état actuel du droit en ce qui concerne l'obligation du juge de première instance de donner des motifs, dans le contexte de l'intervention d'une cour d'appel en matière criminelle, peut se résumer par les propositions suivantes :

1. Prononcer des décisions motivées fait partie intégrante du rôle du juge. Cette fonction est une composante de son obligation de rendre compte de la façon dont il s'acquitte de sa charge. Dans son sens le plus général, c'est en faveur du public qu'est établie l'obligation de motiver une décision.
2. Il ne faut pas laisser l'accusé dans le doute quant à la raison pour laquelle il a été déclaré coupable. Il peut être important d'exprimer les motifs du jugement pour clarifier le fondement de la déclaration de culpabilité, mais il se peut que ce fondement ressorte clairement du dossier. Il s'agit de savoir si, eu égard à l'ensemble des circonstances, le besoin fonctionnel d'être informé a été comblé.
3. Il se peut que les motifs s'avèrent essentiels aux avocats des parties pour les aider à évaluer l'opportunité d'interjeter appel et à conseiller leurs clients à cet égard. Par contre, il est possible que les autres éléments du dossier leur apprennent tout ce qu'ils doivent savoir à cette fin.
4. Comme le droit d'appel conféré par la loi s'applique à la déclaration de culpabilité (ou, dans le cas du ministère public, au jugement ou au verdict d'acquiescement) plutôt qu'aux motifs, chaque omission ou lacune dans l'exposé des motifs ne constituera pas nécessairement un moyen d'appel.
5. L'exposé des motifs joue un rôle important dans le processus d'appel. Lorsque les besoins fonctionnels ne

satisfied, the appellate court may conclude that it is a case of unreasonable verdict, an error of law, or a miscarriage of justice within the scope of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, depending on the circumstances of the case and the nature and importance of the trial decision being rendered.

6. Reasons acquire particular importance when a trial judge is called upon to address troublesome principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue, unless the basis of the trial judge's conclusion is apparent from the record, even without being articulated.

7. Regard will be had to the time constraints and general press of business in the criminal courts. The trial judge is not held to some abstract standard of perfection. It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.

8. The trial judge's duty is satisfied by reasons which are sufficient to serve the purpose for which the duty is imposed, i.e., a decision which, having regard to the particular circumstances of the case, is reasonably intelligible to the parties and provides the basis for meaningful appellate review of the correctness of the trial judge's decision.

9. While it is presumed that judges know the law with which they work day in and day out and deal competently with the issues of fact, the presumption is of limited relevance. Even learned judges can err in particular cases, and it is the correctness of the decision in a particular case that the parties are entitled to have reviewed by the appellate court.

10. Where the trial decision is deficient in explaining the result to the parties, but the appeal court considers itself able to do so, the appeal court's explanation in its own reasons is sufficient. There is no need in that case for a new trial. Such an error of law at the trial level, if it is so found, would be cured under the s. 686(1)(b)(iii) proviso.

In the circumstances of this case, the majority of the Court of Appeal correctly concluded that the reasoning of the trial judge was unintelligible and therefore incapable of proper judicial scrutiny on appeal. There were significant inconsistencies or conflicts in the evidence. The trial judge's reasons were so "generic" as to be no reasons at all. The absence of reasons prevented the Court of Appeal from properly reviewing the correctness of the

sont pas comblés, la cour d'appel peut conclure qu'il s'agit d'un cas de verdict déraisonnable, d'une erreur de droit ou d'une erreur judiciaire qui relèvent de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*, suivant les circonstances de l'affaire, et suivant la nature et l'importance de la décision rendue en première instance.

6. Les motifs revêtent une importance particulière lorsque le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé, à moins que le fondement de la conclusion du juge de première instance ressorte du dossier, même sans être précisé.

7. Il faut tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles. Le juge du procès n'est pas tenu à une quelconque norme abstraite de perfection. On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.

8. Le juge de première instance s'acquitte de son obligation lorsque ses motifs sont suffisants pour atteindre l'objectif visé par cette obligation, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des circonstances de l'espèce, sa décision est raisonnablement intelligible pour les parties et fournit matière à un examen valable en appel de la justesse de la décision de première instance.

9. Les juges sont certes censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours et trancher les questions de fait avec compétence, mais cette présomption a une portée limitée. Même les juges très savants peuvent commettre des erreurs dans une affaire en particulier, et c'est la justesse de la décision rendue dans une affaire en particulier que les parties peuvent faire examiner par un tribunal d'appel.

10. Lorsque la décision du juge de première instance ne suffit pas à expliquer le résultat aux parties, et que la cour d'appel s'estime en mesure de l'expliquer, l'explication que cette dernière donne dans ses propres motifs est suffisante. Un nouveau procès n'est alors pas nécessaire. L'erreur de droit décelée, le cas échéant, est corrigée au sens du sous-al. 686(1)b)(iii).

Compte tenu des circonstances de l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à bon droit que le raisonnement du juge de première instance n'était pas intelligible et ne permettait pas un examen judiciaire valable en appel. La preuve comportait des incohérences ou des contradictions importantes. Les motifs du juge de première instance étaient formulés en termes tellement « généraux » qu'il n'a tout simplement pas motivé sa

unknown, unexpressed pathway taken by the trial judge in reaching his conclusion and from properly assessing whether he had properly addressed the principal issues in the case. The trial judge's failure to deliver meaningful reasons for his decision was an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, rev'g (1993), 82 C.C.C. (3d) 266; *Coleman v. Dunlop Ltd.*, [1998] P.I.Q.R. 398; *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 373; *Pettitt v. Dunkley*, [1971] 1 N.S.W.L.R. 376; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *R. v. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 347; *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Hache* (1999), 25 C.R. (5th) 127; *R. v. Graves* (2000), 189 N.S.R. (2d) 281, 2000 NSCA 150; *R. v. Gostick* (1999), 137 C.C.C. (3d) 53; *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27; *R. v. Gun Ying*, [1930] 3 D.L.R. 925; *R. v. McCullough*, [1970] 1 C.C.C. 366; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Richardson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 15; *R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368; *R. v. Anagnostopoulos* (1993), 20 C.R. (4th) 98; *R. v. Davis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 98.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276.2(3) [ad. 1992, c. 38, s. 2], 278.8(1) [ad. 1997, c. 30, s. 1], 686(1)(a) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (b)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 686(2), 726.2 [ad. 1995, c. 22, s. 6].

Authors Cited

Allen, Ronald J., and Gerald T. G. Seniuk. "Two Puzzles of Juridical Proof" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 65.
Canadian Judicial Council. Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the *Judges Act*. Report to the Canadian Judicial Council

décision. L'absence de motifs a empêché la Cour d'appel d'apprécier convenablement la justesse du raisonnement inconnu, inexprimé qu'avait adopté le juge du procès pour parvenir à sa conclusion et de vérifier valablement s'il avait examiné correctement la principale question en litige en l'espèce. L'omission du juge du procès de motiver valablement sa décision constituait une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, inf. (1993), 82 C.C.C. (3d) 266; *Coleman c. Dunlop Ltd.*, [1998] P.I.Q.R. 398; *Flannery c. Halifax Estate Agencies Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 373; *Pettitt c. Dunkley*, [1971] 1 N.S.W.L.R. 376; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *R. c. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 347; *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49; *R. c. Hache* (1999), 25 C.R. (5th) 127; *R. c. Graves* (2000), 189 N.S.R. (2d) 281, 2000 NSCA 150; *R. c. Gostick* (1999), 137 C.C.C. (3d) 53; *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27; *R. c. Gun Ying*, [1930] 3 D.L.R. 925; *R. c. McCullough*, [1970] 1 C.C.C. 366; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Richardson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 15; *R. c. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368; *R. c. Anagnostopoulos* (1993), 20 C.R. (4th) 98; *R. c. Davis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 98.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 276.2(3) [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 278.8(1) [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 686(1)(a) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (b)(iii) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 686(2), 726.2 [aj. 1995, ch. 22, art. 6].

Doctrine citée

Allen, Ronald J., and Gerald T. G. Seniuk. « Two Puzzles of Juridical Proof » (1997), 76 *R. du B. can.* 65.
Conseil canadien de la magistrature. Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. Rapport au

of the Inquiry Committee Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia. Ottawa: The Committee, 1990.

Cournoyer, Guy. Annotation to *R. v. Biniaris* (2000), 32 C.R. (5th) 1.

Ho, H. L. "The judicial duty to give reasons" (2000), 20 *Legal Stud.* 42.

MacDonnell J. "Reasons for Judgment and Fundamental Justice". In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System.* Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 151.

Mitchell, Gerard. "Do Trial Judges Have a Duty to Give Reasons for Convicting?" (1999), 25 C.R. (5th) 150.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.

Tanovich, David M. "Testing the Presumption That Trial Judges Know the Law: The Case of *W. (D.)*" (2001), 43 C.R. (5th) 298.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 138 C.C.C. (3d) 254, 178 Nfld. & P.E.I.R. 1, [1999] N.J. No. 229 (QL), setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Harold J. Porter, for the appellant.

Richard S. Rogers, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this case, the Newfoundland Court of Appeal overturned the conviction of the respondent because the trial judge failed to deliver reasons in circumstances which "crie[d] out for some explanatory analysis". Put another way, the trial judge can be said to have erred in law in failing to provide an explanation of his decision that was sufficiently intelligible to permit appellate review. I agree with this conclusion and would therefore reject the Crown's appeal.

Twenty-four-year-old Colin Sheppard, an unemployed carpenter from Spaniard's Bay, Newfoundland and Labrador, was charged with possession of stolen property, being two casement

Conseil canadien de la magistrature déposé par le Comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1990.

Cournoyer, Guy. Annotation to *R. v. Biniaris* (2000), 32 C.R. (5th) 1.

Ho, H. L. « The judicial duty to give reasons » (2000), 20 *Legal Stud.* 42.

MacDonnell J. « Reasons for Judgment and Fundamental Justice ». In Jamie Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System.* Scarborough, Ont. : Carswell, 1996, 151.

Mitchell, Gerard. « Do Trial Judges Have a Duty to Give Reasons for Convicting? » (1999), 25 C.R. (5th) 150.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.

Tanovich, David M. « Testing the Presumption That Trial Judges Know the Law : The Case of *W. (D.)* » (2001), 43 C.R. (5th) 298.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 138 C.C.C. (3d) 254, 178 Nfld. & P.E.I.R. 1, [1999] N.J. No. 229 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Harold J. Porter, pour l'appelante.

Richard S. Rogers, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans la présente affaire, la Cour d'appel de Terre-Neuve a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé parce que le juge du procès avait omis de prononcer des motifs dans des circonstances [TRADUCTION] « qui commandaient une analyse explicative ». En d'autres termes, le juge du procès a commis une erreur de droit en n'expliquant pas sa décision d'une manière suffisamment intelligible pour en permettre l'examen en appel. Je souscris à cette conclusion et, par conséquent, je rejetterais le pourvoi du ministère public.

Colin Sheppard, âgé de 24 ans, est un menuisier sans emploi de Spaniard's Bay (Terre-Neuve-et-Labrador). Il a été accusé de possession de biens volés, à savoir deux fenêtres à battants d'une valeur

windows with a value of \$429. No stolen windows were ever found in his possession. The case against Mr. Sheppard rested entirely on an accusation by his estranged girlfriend who took her story to the police two days after the termination of their tempestuous relationship saying that “she would get him”. He testified in his own defence. He was convicted by a provincial court judge after a summary trial and fined \$600 and ordered to “repay” the cost of two windows to a local builders’ supply yard. He still does not understand the basis of his conviction and neither do we. The sum total of the trial judge’s reasons consists of the following statement:

Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged.

3 Defence counsel says that he was able to sum up his argument in two or three minutes (46 lines of transcript) and Crown counsel rather more succinctly (15 lines of transcript) and questions why less should be expected of a trial judge.

4 The appellant Crown contends that “[i]t has been a settled principle of Canadian law that a trial judge does **not** have to give reasons” (factum, at para. 13 (emphasis in original)). This proposition is so excessively broad as to be erroneous. It is true that there is no *general* duty, viewed in the abstract and divorced from the circumstances of the particular case, to provide reasons “when the finding is otherwise supportable on the evidence or where the basis of the finding is apparent from the circumstances” (*R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752, at para. 1). An appeal lies from the judgment, not the reasons for judgment. Nevertheless, reasons fulfill an important function in the trial process and, as will be seen, where that function goes unperformed, the judg-

de 429 \$. Aucune fenêtre volée n’a jamais été trouvée en sa possession. La preuve recueillie contre M. Sheppard reposait entièrement sur une accusation portée par son ex-petite amie, qui a raconté son histoire à la police deux jours après la fin de sa relation orageuse avec l’intimé en promettant [TRADUCTION] « d’avoir sa peau ». L’intimé a témoigné pour sa propre défense. À l’issue d’une poursuite sommaire, un juge de la Cour provinciale l’a déclaré coupable et condamné à une amende de 600 \$ en plus de lui ordonner de [TRADUCTION] « rembourser » le coût de deux fenêtres à un fournisseur de matériaux de construction de l’endroit. L’intimé ne comprend toujours pas le fondement de sa condamnation et nous non plus. Les motifs prononcés par le juge du procès consistent en tout et pour tout en l’énoncé suivant :

[TRADUCTION] Après avoir examiné l’ensemble des témoignages en l’espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés.

L’avocat de la défense affirme qu’il a été en mesure de résumer son argumentation en deux ou trois minutes (46 lignes dans la transcription) et que l’avocat du ministère public a pu le faire un peu plus succinctement (15 lignes dans la transcription). Il se demande pourquoi on devrait s’attendre à moins d’un juge de première instance.

Le ministère public appelant soutient [TRADUCTION] « qu’il existe un principe établi en droit canadien selon lequel un juge de première instance **n’est pas** tenu de prononcer des motifs » (mémoire, par. 13 (en caractères gras dans l’original)). Cette affirmation est d’une généralité excessive, ce qui la rend fausse. Certes, dans l’absolu et indépendamment des circonstances d’une affaire donnée, il n’existe aucune obligation *générale* de prononcer des motifs « lorsque la décision est par ailleurs appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances » (*R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752, par. 1). Appel peut être interjeté d’un jugement, et non des motifs d’un jugement. Les motifs jouent néanmoins un rôle important en première instance

ment itself may be vulnerable to be reversed on appeal.

At the broadest level of accountability, the giving of reasoned judgments is central to the legitimacy of judicial institutions in the eyes of the public. Decisions on individual cases are neither submitted to nor blessed at the ballot box. The courts attract public support or criticism at least in part by the quality of their reasons. If unexpressed, the judged are prevented from judging the judges. The question before us is how this broad principle of governance translates into specific rules of appellate review.

I. Facts

The respondent lived with the informant, Ms. Sandra Noseworthy, for about a year and a half in a relationship that, at least during its latter stages, can best be described as stormy. He, for example, alleged that at one time she had thrown a beer glass at him and, at another time, had slashed at his knees with a hammer. On one occasion, he said, he went to the RCMP “with [his] face busted open” and was advised, he says, “to get out of the relationship”. The separation was not amicable, at least as described by the respondent:

So I got my friend Martin to come up with me and when I got up there she [Ms. Noseworthy] was kicking the . . . trying to kick the door in on my shed. And I unlocked it and let her get her chair and Christmas stuff and ah, she give me a couple of punches in the face again then and threw a rock at me trying to beat the window out of my house and ah, beat the back window out of me truck, and ah, threw a stick and hit me in the face with it. Just kept on going on and on like.

The respondent says that when he decided to go his own way, she threatened him saying, “I hope you live your life in misery. If I have anything to do with it, you will.” At trial she testified that “Maybe I did say it. Maybe I did.”

et, comme on le verra, lorsqu'ils ne jouent pas leur rôle, le jugement même est susceptible d'être infirmé en appel.

Au sens le plus large de la responsabilité judiciaire, la motivation des jugements constitue un aspect fondamental de la légitimité des institutions judiciaires aux yeux du public. Les décisions portant sur des cas individuels ne sont pas soumises à l'approbation de l'électorat ni sanctionnées par lui. Les tribunaux s'attirent la critique du public ou obtiennent son appui au moins en partie par la qualité de leurs motifs. Sans motifs, les jugés ne peuvent pas juger les juges. La question qui nous est soumise est de savoir comment ce principe général de fonctionnement se traduit par des règles spécifiques d'examen en appel.

I. Les faits

L'intimé a vécu pendant environ un an et demi avec la dénonciatrice, M^{me} Sandra Noseworthy. Leur relation peut être qualifiée au mieux d'orageuse, du moins à la fin. Par exemple, l'intimé a allégué qu'une fois, elle lui avait lancé un verre de bière, et qu'une autre fois, elle lui avait asséné des coups de marteau aux genoux. À une occasion, a-t-il dit, il s'est présenté à la GRC [TRADUCTION] « le visage en sang » et on lui a conseillé [TRADUCTION] « de sortir de cette relation ». La séparation ne s'est pas faite à l'amiable, du moins selon la description qu'en a donnée l'intimé :

[TRADUCTION] Alors, mon ami Martin a accepté de venir avec moi et lorsque je suis arrivé là-bas, elle [M^{me} Noseworthy] était en train de donner des coups de pied dans [. . .] elle essayait d'enfoncer à coups de pied la porte de ma remise. Et je l'ai déverrouillée et je l'ai laissée prendre sa chaise et ses affaires de Noël et eh, elle m'a encore donné quelques coups de poing au visage et m'a lancé une roche en essayant de briser la fenêtre de ma maison et eh, de briser la vitre arrière de mon camion, et eh, elle a lancé un bâton que j'ai reçu en plein visage. Ça n'en finissait plus.

L'intimé affirme que lorsqu'il a décidé de la quitter, elle l'a menacé en lui disant : [TRADUCTION] « Je te souhaite de vivre dans la misère. Si je peux faire quelque chose pour que ça t'arrive, ça va t'arriver. » Lors du procès, elle a témoigné : [TRADUCTION] « J'ai peut-être dit ça. Peut-être. »

5

6

7

During their year and a half together the respondent, then unemployed, had been renovating a house. Two days after the break-up, Ms. Noseworthy went to the police to inform them that the respondent had a month or so previously confessed to stealing two windows from a local building supplies dealer. Her description of the allegedly stolen goods, in its entirety, was “vinyl windows, two-pane. They were the . . . they rolled out, one side”. The local building supplies dealer was contacted. Despite the lapse of time since the alleged theft, he was unaware of it. He then checked his inventory and confirmed that two 40 x 36 inch vinyl windows were missing from a truck parked across the road from his shop, which was used for storage. At the date the windows went missing, which is unknown, the truck contained 30 to 40 windows plus other building supplies, and was not kept under lock and key. He testified that employees and passers-by had access to the area, and there had been no indication of forced entry. Ms. Noseworthy testified that the respondent stole the windows “to use them in his house”, but in fact there was no evidence that the house had been searched or that “stolen” windows were incorporated in the structure or were otherwise located on the respondent’s property or, indeed, elsewhere.

8

Other than the evidence of Ms. Sandra Noseworthy, there was no evidence connecting the respondent with the missing windows. Ms. Noseworthy acknowledged that there were no identifying stickers on the windows when she saw them. She said the respondent had admitted to her that he had scraped them off and burned them.

9

All of this was vigorously denied by the respondent, who was 24 years old and had no criminal record, nor had he ever been charged with a criminal offence.

II. Judicial History

A) *Newfoundland Provincial Court*

10

As stated, Judge Barnable’s judgment in its entirety was as follows:

Pendant l’année et demie au cours de laquelle ils ont vécu ensemble, l’intimé, alors sans emploi, rénovait une maison. Deux jours après leur rupture, M^{me} Noseworthy s’est rendue au poste de police pour informer les policiers que l’intimé avait avoué, environ un mois auparavant, avoir volé deux fenêtres chez un fournisseur de matériaux de l’endroit. Pour toute description des biens qui auraient été volés, elle a dit qu’il s’agissait de : [TRADUCTION] « fenêtres en vinyle, à deux vitres. Elles étaient [. . .] elles s’ouvraient d’un côté ». On a communiqué avec le fournisseur de matériaux. Il n’était pas au courant du vol allégué, malgré le temps écoulé depuis. Après avoir vérifié son inventaire, il a confirmé qu’il manquait deux fenêtres de vinyle de 40 po x 36 po dans un camion utilisé comme entrepôt et stationné de l’autre côté de la rue, en face de son commerce. Au moment de la disparition des fenêtres, à une date inconnue, le camion contenait de 30 à 40 fenêtres en plus d’autres matériaux de construction et il n’était pas verrouillé. Le fournisseur de matériaux a témoigné que les employés et les passants avaient accès à ces lieux et qu’aucune trace d’effraction n’avait été relevée. Madame Noseworthy a témoigné que l’intimé avait volé les fenêtres [TRADUCTION] « pour s’en servir dans sa maison », mais dans les faits, aucune preuve n’indiquait qu’une perquisition avait été effectuée chez lui ni que les fenêtres « volées » avaient été incorporées à la structure ou qu’elles se trouvaient sur la propriété de l’intimé, ni où que ce soit.

À l’exception du témoignage de M^{me} Sandra Noseworthy, aucun élément de preuve ne reliait l’intimé aux fenêtres manquantes. Madame Noseworthy a reconnu qu’il n’y avait aucune étiquette identifiant les fenêtres lorsqu’elle les a vues. Elle a dit que l’intimé lui avait avoué avoir enlevé les étiquettes et les avoir brûlées.

L’intimé qui, à 24 ans, ne possédait pas de casier judiciaire et n’avait jamais été accusé d’une infraction criminelle, a nié vigoureusement toutes ces allégations.

II. Historique des procédures judiciaires

A) *Cour provinciale de Terre-Neuve*

Comme on l’a vu plus tôt, le jugement du juge Barnable tenait en entier en ces lignes :

Having considered all the testimony in this case, and reminding myself of the burden on the Crown and the credibility of witnesses, and how this is to be assessed, I find the defendant guilty as charged.

B) *Newfoundland Court of Appeal* (1999), 138 C.C.C. (3d) 254

1. O'Neill J.A.

O'Neill J.A. held that the trial judge should have indicated that he was alive to the issues of the accused's denial, the lack of corroborative evidence, the informant's reasons to be vindictive and her alleged threats, that the goods had not been recovered and that there was no evidence as to when the windows had been taken. He held that in the absence of sufficient reasons, the Court of Appeal could not carry out its appellate function. He set aside the verdict under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("unreasonable verdict") and ordered a new trial.

2. Green J.A., concurring in the result

Green J.A. held that "a failure to intervene in this case would amount to an affirmation of the use of boilerplate language in trial judgments as a means of insulating such judgments from appellate review" (p. 268). To dismiss the appeal, he thought, would encourage trial judges to deliberately structure judgments to frustrate appellate review or to mask a lazy or inadequate analysis. There was nothing here for an appellate court to scrutinize. The argument that busy trial judges should not be required in every case to provide detailed reasons did not justify giving no reasons in all cases, especially those where common sense would expect controversial aspects to be discussed and analyzed. He questioned whether the trial judge had considered whether someone else could have taken the windows and whether this raised a reasonable doubt, or the motives of the informant to lie, or whether there was still reasonable doubt even if he did not believe the accused. Failure to address these matters demonstrated that the trial judge either had failed to grasp important

[TRADUCTION] Après avoir examiné l'ensemble des témoignages en l'espèce et me rappelant le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, et la façon dont le tout doit être apprécié, je conclus que le défendeur est coupable des actes reprochés.

B) *Cour d'appel de Terre-Neuve* (1999), 138 C.C.C. (3d) 254

1. Le juge O'Neill

Le juge O'Neill a statué que le juge du procès aurait dû indiquer qu'il avait bel et bien considéré les questions relatives au démenti de l'accusé, à l'absence de preuve corroborante, aux raisons qu'avait la dénonciatrice d'agir par esprit de vengeance et aux menaces qu'elle aurait proférées, au fait que les biens n'avaient pas été retrouvés et qu'il n'existait aucune preuve du moment où les fenêtres avaient été dérobées. Il a conclu qu'en l'absence de motifs suffisants, la Cour d'appel ne pouvait s'acquitter de son rôle en appel. Il a annulé le verdict par application du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« verdict déraisonnable »), et il a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

2. Le juge Green, souscrivant au résultat

Le juge Green a statué que [TRADUCTION] « le fait de ne pas intervenir dans cette affaire équivaldrait à sanctionner l'emploi d'une formule standard dans les jugements de première instance comme moyen de soustraire ces jugements à l'examen en appel » (p. 268). À son avis, le rejet de l'appel encouragerait les juges de première instance à structurer délibérément leurs jugements de façon à faire obstacle à l'examen en appel ou à masquer une analyse bâclée ou inadéquate. En l'espèce, le tribunal d'appel n'avait rien à examiner. L'argument voulant que les juges très affairés qui président les procès ne devraient pas être tenus de donner des motifs détaillés dans chaque cas ne justifie pas qu'ils ne donnent jamais de motifs, particulièrement dans les affaires où le bon sens voudrait que les aspects controversés soient examinés et analysés. Le juge Green s'est posé la question de savoir si le juge du procès s'était demandé si quelqu'un d'autre avait pu subtiliser les fenêtres et si cette possibilité soulevait un doute raisonnable, ou si la dénonciatrice avait

11

12

points or had chosen to disregard them. The verdict was unreasonable.

3. Cameron J.A., dissenting

13

Cameron J.A. held that a review of the evidence did not support a finding that the verdict was unreasonable or unsupported by evidence. The case turned on credibility. In her opinion, if the complainant's version of events was accepted, then there was evidence upon which a conviction could reasonably be entered. In her view, it is not an error of law to fail to give reasons. The evidence was not complicated or confused nor was there any uncertainty in the law. In the absence of a general duty to give reasons, she saw nothing in this case that demanded that reasons be given or that suggested there was a misapprehension of a legal principle.

III. Relevant Statutory Provisions

14

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

Powers of the Court of Appeal

686. (1) [Powers] On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

des raisons de mentir, ou s'il subsistait toujours un doute raisonnable même s'il ne croyait pas l'accusé. L'omission d'aborder ces questions démontrait que le juge du procès soit n'avait pas saisi certains points importants, soit avait choisi de ne pas en tenir compte. Le verdict était déraisonnable.

3. Madame le juge Cameron, dissidente

Madame le juge Cameron a estimé qu'un examen de la preuve ne permettait pas de conclure que le verdict était déraisonnable ou qu'il ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve. L'issue de l'affaire reposait sur la crédibilité. À son avis, si la version des faits de la plaignante était retenue, il existait alors une preuve permettant raisonnablement d'inscrire une déclaration de culpabilité. Selon elle, l'omission de donner des motifs ne constitue pas une erreur de droit. La preuve n'était ni compliquée ni embrouillée, et il n'existait aucune incertitude quant au droit. En l'absence d'une obligation générale de prononcer des motifs, elle n'a décelé, dans cette affaire, aucun élément qui commandait l'énoncé de motifs ou qui laissait croire à une interprétation erronée d'un principe juridique.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

Pouvoirs de la cour d'appel

686. (1) [Pouvoirs] Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'incapacité à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(2) [Order to be made] Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

- (a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or
- (b) order a new trial.

IV. Analysis

Reasons for judgment are the primary mechanism by which judges account to the parties and to the public for the decisions they render. The courts frequently say that justice must not only be done but must be seen to be done, but critics respond that it is difficult to see how justice can be *seen* to be done if judges fail to articulate the reasons for their actions. Trial courts, where the essential findings of facts and drawing of inferences are done, can only be held properly to account if the reasons for their adjudication are transparent and accessible to the public and to the appellate courts.

In some common law jurisdictions, including England and Australia, the courts have adopted a general, albeit qualified, requirement in both civil and criminal cases to give reasons subject to significant exceptions: see generally H. L. Ho, "The judicial duty to give reasons" (2000), 20 *Legal Stud.* 42; *Coleman v. Dunlop Ltd.*, [1998] P.I.Q.R. 398 (Eng. C.A.), at p. 403; and *Flannery v. Halifax Estate Agencies Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 373 (C.A.). It is not clear, however, the extent to which a reasonable result based on a solid evidentiary record will nevertheless be reversed and sent back for retrial because the reasons for the decision are considered inadequate, confusing, or poorly expressed. In most of the reported cases, the deficiency in the reasons created

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(2) [Ordonnance à rendre] Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas :

- a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement;
- b) ordonne un nouveau procès.

IV. Analyse

Les motifs de jugement constituent le principal mécanisme par lequel les juges rendent compte aux parties et à la population des décisions qu'ils prononcent. Les tribunaux disent souvent qu'il faut non seulement que justice soit rendue, mais qu'il soit manifeste qu'elle a été rendue, ce à quoi les critiques répondent qu'il est difficile de voir comment il pourrait être *manifeste* que justice a été rendue si les juges n'exposent pas les motifs de leurs actes. Les tribunaux de première instance, à qui il revient de tirer les conclusions de fait et les inférences essentielles, ne s'acquittent convenablement de leur obligation de rendre compte que si les motifs de leurs décisions sont transparents et accessibles au public et aux tribunaux d'appel.

Dans certains ressorts de common law, notamment en Angleterre et en Australie, les tribunaux ont posé comme règle générale, quoique relative, l'obligation tant en matière civile que criminelle de donner des motifs, sauf certaines exceptions importantes : voir de façon générale H. L. Ho, « The judicial duty to give reasons » (2000), 20 *Legal Stud.* 42; *Coleman c. Dunlop Ltd.*, [1998] P.I.Q.R. 398 (C.A. Angl.), p. 403; et *Flannery c. Halifax Estate Agencies Ltd.*, [2000] 1 All E.R. 373 (C.A.). On ne sait toutefois pas précisément dans quelle mesure un résultat raisonnable fondé sur un solide dossier de preuve pourra néanmoins être infirmé et l'affaire renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès parce que les motifs de la décision sont insuffisants, confus ou mal exprimés. Dans la plupart des arrêts

significant problems of substance for the appellate court.

17

In Australia, it has been said by one state appellate court that it is as much a judicial duty “to give reasons in an appropriate case as there is otherwise a duty to act judicially, such as to hear arguments of counsel and hear evidence and admit relevant evidence of a witness”: *Pettitt v. Dunkley*, [1971] 1 N.S.W.L.R. 376 (C.A.), at pp. 387-88. The issue is not only to define the “appropriate case” but to define circumstances in which failure to provide adequate reasons will constitute grounds for an acquittal or a new trial.

18

In Canadian administrative law, this Court held in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 43, that:

... it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required.

19

There are, of course, significant differences between the criminal courts and administrative tribunals. Each adjudicative setting drives its own requirements. If the context is different, the rules may not necessarily be the same. These reasons are directed to the criminal justice context.

20

Even in the criminal law context, Parliament has intervened to require the giving of reasons in specific circumstances. Section 276.2(3) of the *Criminal Code* requires trial judges to give reasons for their determination of the admissibility of a complainant’s prior sexual history. All the factors affecting the decision must be referred to as well as the manner in which the proposed evidence is considered to be relevant. In the same way, s. 278.8(1) states that trial judges *shall* provide reasons for

publiés, les lacunes des motifs créaient d’importants problèmes de fond pour le tribunal d’appel.

En Australie, la cour d’appel d’un État a dit qu’il existe une obligation judiciaire [TRADUCTION] « de donner des motifs dans un cas opportun, au même titre qu’il existe une obligation d’agir de façon judiciaire, notamment d’entendre les arguments des avocats ainsi que la preuve et d’accepter le témoignage pertinent d’un témoin » : *Pettitt c. Dunkley*, [1971] 1 N.S.W.L.R. 376 (C.A.), p. 387-388. Il ne faut pas seulement définir la notion de « cas opportun », mais établir les circonstances dans lesquelles l’omission de fournir des motifs suffisants constituera un moyen d’obtenir un acquittement ou la tenue d’un nouveau procès.

En droit administratif canadien, notre Cour a ainsi statué dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 43 :

... il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l’obligation d’équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l’espèce où la décision revêt une grande importance pour l’individu, dans des cas où il existe un droit d’appel prévu par la loi, ou dans d’autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise.

Bien entendu, il existe des différences importantes entre les cours criminelles et les tribunaux administratifs. Chaque cadre juridictionnel possède ses propres exigences. Si le contexte diffère, les mêmes règles ne s’appliqueront pas nécessairement. Les présents motifs visent le contexte de la justice criminelle.

Même dans le contexte du droit criminel, le législateur est intervenu pour imposer l’obligation de donner des motifs dans des circonstances particulières. Le paragraphe 276.2(3) du *Code criminel* oblige les juges du procès à motiver la décision qu’ils rendent sur l’admissibilité de la preuve portant sur le passé sexuel de la plaignante. Ils doivent mentionner tous les facteurs ayant fondé leur décision et préciser en quoi ils jugent la preuve soumise pertinente. De la même façon, le par. 278.8(1) dis-

ordering or refusing to order the production of certain records that contain personal private information. Section 726.2 provides that when imposing a sentence the court *shall* state the reasons for it. The only discernable purpose for these provisions is to facilitate appellate review of the correctness of the conviction or acquittal or sentence. It would be strange to impose a more rigorous standard of judicial articulation on an evidentiary ruling or sentence than on the conviction whose correctness is equally before the appellate court for review.

The task is not so much to extol the virtues of giving full reasons, which no one doubts, but to isolate those situations where deficiencies in the trial reasons will justify appellate intervention and either an acquittal or a new trial.

There is a general sense in which a duty to give reasons may be said to be owed to the public rather than to the parties to a specific proceeding. Through reasoned decisions, members of the general public become aware of rules of conduct applicable to their future activities. An awareness of the reasons for a rule often helps define its scope for those trying to comply with it. The development of the common law proceeds largely by reasoned analogy from established precedents to new situations. Few would argue, however, that failure to discharge this jurisprudential function necessarily gives rise to appellate intervention. New trials are ordered to address the potential need for correction of the outcome of a particular case. Poor reasons may coincide with a just result. Serious remedies such as a new trial require serious justification.

On a more specific level, within the confines of a particular case, it is widely recognized that having to give reasons itself concentrates the judi-

pose que les juges du procès sont *tenus* de motiver leurs décisions de rendre ou refuser de rendre l'ordonnance de communiquer certains dossiers contenant des renseignements personnels. L'article 726.2 dispose que lors du prononcé de la peine, le tribunal *donne* ses motifs. Le seul objet logique de ces dispositions est de faciliter l'examen en appel de la justesse de la déclaration de culpabilité, de l'acquiescement ou de la peine. Il serait insolite que les tribunaux soient assujettis à une norme plus rigoureuse lorsqu'ils expliquent leur décision sur une question concernant la preuve ou la peine que lorsqu'ils motivent une déclaration de culpabilité dont le tribunal d'appel est aussi appelé à examiner la justesse.

Il ne s'agit pas tant de chanter les vertus des décisions pleinement motivées, dont personne ne doute, que d'identifier les situations où les lacunes des motifs exprimés en première instance justifieront que la cour d'appel intervienne et prononce un acquiescement ou ordonne la tenue d'un nouveau procès.

De manière générale, on peut dire que c'est en faveur du public plutôt qu'en faveur des parties à l'instance qu'est établie l'obligation de donner des motifs. Grâce aux décisions motivées, le grand public est avisé des règles de conduite applicables à ses activités futures. Le fait de connaître la raison d'être d'une règle aide souvent ceux qui tentent de s'y conformer à en définir la portée. La common law évolue en grande partie par l'application, à des situations nouvelles, d'analogies motivées tirées de la jurisprudence. Toutefois, rares sont ceux qui prétendraient que le défaut de s'acquiescer de cette fonction jurisprudentielle donne nécessairement ouverture à une intervention en appel. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans les cas où il peut s'avérer nécessaire de corriger l'issue d'une affaire donnée. De piètres motifs peuvent coïncider avec un résultat juste. Seule une raison sérieuse peut justifier une réparation aussi sérieuse qu'un nouveau procès.

De manière plus spécifique, dans le cadre d'une affaire en particulier, il est largement reconnu que l'obligation de motiver sa décision amène le juge à

21

22

23

cial mind on the difficulties that are presented (*R. v. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 347 (Ont. C.A.), at p. 356; *R. v. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (Man. C.A.), at pp. 53-56 and 61-63; *R. v. Hache* (1999), 25 C.R. (5th) 127 (N.S.C.A.), at pp. 135-39; *R. v. Graves* (2000), 189 N.S.R. (2d) 281, 2000 NSCA 150, at paras. 19-23; *R. v. Gostick* (1999), 137 C.C.C. (3d) 53 (Ont. C.A.), at pp. 67-68). The absence of reasons, however, does not necessarily indicate an absence of such concentration. We are speaking here of the *articulation* of the reasons rather than of the reasoning process itself. The challenge for appellate courts is to ensure that the latter has occurred despite the absence, or inadequacy, of the former.

A) *Functional Test*

24 In my opinion, the requirement of reasons is tied to their purpose and the purpose varies with the context. At the trial level, the reasons justify and explain the result. The losing party knows why he or she has lost. Informed consideration can be given to grounds for appeal. Interested members of the public can satisfy themselves that justice has been done, or not, as the case may be.

25 The issue before us presupposes that the decision has been appealed. In that context the purpose, in my view, is to preserve and enhance meaningful appellate review of the correctness of the decision (which embraces both errors of law and palpable overriding errors of fact). If deficiencies in the reasons do not, in a particular case, foreclose meaningful appellate review, but allow for its full exercise, the deficiency will not justify intervention under s. 686 of the *Criminal Code*. That provision limits the power of the appellate court to intervene to situations where it is of the opinion that (i) the verdict is unreasonable, (ii) the judgment is vitiated by an error of law and it cannot be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, or (iii) on any ground where there has been a miscarriage of justice.

26 The appellate court is not given the power to intervene simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself.

centrer son attention sur les difficultés soulevées (*R. c. G. (M.)* (1994), 93 C.C.C. (3d) 347 (C.A. Ont.), p. 356; *R. c. N. (P.L.F.)* (1999), 138 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Man.), p. 53-56 et 61-63; *R. c. Hache* (1999), 25 C.R. (5th) 127 (C.A.N.-É.), p. 135-139; *R. c. Graves* (2000), 189 N.S.R. (2d) 281, 2000 NSCA 150, par. 19-23; *R. c. Gostick* (1999), 137 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Ont.), p. 67-68). L'absence de motifs ne signifie cependant pas nécessairement qu'il n'a pas centré son attention sur ces difficultés. Nous parlons ici de l'*expression* des motifs plutôt que du raisonnement lui-même. La tâche des cours d'appel consiste à s'assurer de l'existence d'un raisonnement malgré l'absence ou l'insuffisance des motifs exprimés.

A) *Un critère fonctionnel*

À mon avis, l'obligation de donner des motifs est liée à leur fin, qui varie selon le contexte. En première instance, les motifs justifient et expliquent le résultat. La partie qui n'a pas gain de cause sait pourquoi elle a perdu. Un examen éclairé des moyens d'appel est alors possible. Les membres du public intéressés peuvent constater que justice a été rendue, ou non, selon le cas.

La question qui nous est soumise présuppose que la décision a été portée en appel. Dans ce contexte, la fin visée consiste, selon moi, à préserver et à favoriser un examen valable en appel de la justesse de la décision (qui englobe à la fois les erreurs de droit et les erreurs de fait manifestes et dominantes). Si, dans une affaire donnée, les lacunes des motifs ne font pas obstacle à un examen valable en appel et qu'un examen complet demeure possible, ces lacunes ne justifieront pas l'intervention de la cour d'appel en vertu de l'art. 686 du *Code criminel*. Cette disposition limite le pouvoir d'intervention de la cour d'appel aux situations où elle estime (i) que le verdict est déraisonnable, (ii) que le jugement est entaché d'une erreur de droit et qu'il est impossible de dire qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, ou (iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire.

La cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé.

Reasons for decision may be examined in other contexts for other purposes. The Canadian Judicial Council, for example, regularly reviews reasons for judgment in response to complaints. Its criteria will be apt for its purpose and will obviously differ from the criteria applicable in the appellate context: see, e.g., Canadian Judicial Council, *Report to the Canadian Judicial Council of the Inquiry Committee [in the case of Donald Marshall Jr.] Established Pursuant to Subsection 63(1) of the Judges Act at the Request of the Attorney General of Nova Scotia* (August 1990). My focus in this case, to reiterate, is appellate intervention in a criminal case.

It is neither necessary nor appropriate to limit circumstances in which an appellate court may consider itself unable to exercise appellate review in a meaningful way. The mandate of the appellate court is to determine the correctness of the trial decision, and a functional test requires that the trial judge's reasons be sufficient for that purpose. The appeal court itself is in the best position to make that determination. The threshold is clearly reached, as here, where the appeal court considers itself unable to determine whether the decision is vitiated by error. Relevant factors in this case are that (i) there are significant inconsistencies or conflicts in the evidence which are not addressed in the reasons for judgment, (ii) the confused and contradictory evidence relates to a key issue on the appeal, and (iii) the record does not otherwise explain the trial judge's decision in a satisfactory manner. Other cases, of course, will present different factors. The simple underlying rule is that if, in the opinion of the appeal court, the deficiencies in the reasons prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision, then an error of law has been committed.

I believe this rather pragmatic approach is signalled, if not always explicitly, in earlier decisions of this Court. A convenient starting point is the judgment of Laskin C.J. in *Macdonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665. In the course of dealing with

27
Les motifs de la décision peuvent être examinés dans d'autres contextes et à d'autres fins. Par exemple, le Conseil canadien de la magistrature examine régulièrement les motifs de jugement afin de répondre à des plaintes. Ses critères seront adaptés à cette fin et différeront évidemment des critères applicables dans le contexte d'un appel : voir, p. ex., Conseil canadien de la magistrature, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature déposé par le Comité d'enquête nommé [dans l'affaire Donald Marshall fils] conformément aux dispositions du paragraphe 63(1) de la Loi sur les juges à la suite d'une demande du procureur général de la Nouvelle-Écosse* (août 1990). Rappelons que c'est l'intervention en appel en matière criminelle qui nous intéresse en l'occurrence.

28
Il n'est ni nécessaire ni approprié de limiter les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut s'estimer incapable de procéder à un examen valable en appel. Le mandat de la cour d'appel consiste à vérifier la justesse de la décision rendue en première instance et un critère fonctionnel exige que les motifs donnés par le juge du procès soient suffisants à cette fin. La cour d'appel est la mieux placée pour se prononcer sur cette question. Le seuil est manifestement atteint lorsque, comme en l'espèce, le tribunal d'appel s'estime incapable de déterminer si la décision est entachée d'une erreur. Les facteurs suivants sont pertinents dans le présent pourvoi : (i) des incohérences ou des contradictions importantes dans la preuve ne sont pas résolues dans les motifs du jugement, (ii) la preuve embrouillée et contradictoire porte sur une question clé en appel et (iii) le dossier ne permet pas par ailleurs d'expliquer de manière satisfaisante la décision du juge de première instance. D'autres facteurs seront évidemment en cause dans d'autres instances. En termes simples, la règle fondamentale est la suivante : lorsque la cour d'appel estime que les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision, une erreur de droit a été commise.

29
Je crois que la jurisprudence antérieure de notre Cour évoque cette approche plutôt pragmatique, même si elle ne le fait pas toujours explicitement. Le jugement rendu par le juge en chef Laskin dans l'affaire *Macdonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S.

an appeal from a court martial, he expressed concern that imposing a general duty on judges to give reasons, especially in the busy criminal courts, would risk ending up with “a ritual formula” (p. 672) that would be of no real assistance to the parties or to a reviewing court. Nevertheless, he said, at p. 673:

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

30 Laskin C.J. was not addressing a case where silence alone was said to be the error. He insisted on a “rational basis” in the record to justify appellate intervention.

31 The point was picked up and elaborated by Estey J. in *Harper v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 2, a case involving the conviction of a police officer for assault of an individual in the course of an arrest. The appeal was based on an alleged error of law (p. 23). The Court was confronted with skeletal reasons in the context of an unsatisfactory record and concluded that the trial judge had “fatally overlooked” (p. 16) relevant defence evidence. Estey J. said, at p. 14:

Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede. [Emphasis added.]

If the trial judge provides some reasons, and therein demonstrates that he or she has failed to grasp an important point or has disregarded it, then as McLachlin J. (as she then was) pointed out in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, this may also lead “to the conclusion that the verdict was not one which

665, constitue un point de départ pratique. Dans le cadre d’un pourvoi interjeté contre une décision d’une cour martiale, le juge en chef Laskin s’est dit préoccupé par le fait qu’en imposant aux juges une obligation générale de donner des motifs, particulièrement à ceux des tribunaux criminels qui sont très occupés, on risquerait d’en venir à « une formule rituelle » (p. 672) qui ne serait d’aucune utilité véritable pour les parties ni pour un tribunal d’appel. Néanmoins, il a dit, à la p. 673 :

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

Le juge en chef Laskin n’était pas saisi d’une allégation portant que le silence constituait en soi une erreur. Il a insisté sur la nécessité de pouvoir « logiquement conclure » à une erreur, compte tenu du dossier, pour que l’intervention de la cour d’appel soit justifiée.

Ce point a retenu l’attention du juge Estey qui en a traité dans l’arrêt *Harper c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 2, une affaire concernant un policier condamné pour avoir agressé une personne lors d’une arrestation. Le pourvoi était fondé sur une prétendue erreur de droit (p. 23). Aux prises avec des motifs squelettiques dans le contexte d’un dossier qui laissait à désirer, notre Cour a conclu que le juge du procès avait « commis l’erreur fatale de faire abstraction » (p. 16) d’éléments de preuve pertinents. Le juge Estey a dit ceci, à la p. 14 :

S’il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu’il y a eu omission d’apprécier des éléments de preuve pertinents, et plus particulièrement, qu’on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir. [Je souligne.]

Si le juge du procès fournit des motifs qui démontrent qu’il ou elle n’a pas saisi un point important ou n’en a pas tenu compte, alors, pour reprendre le propos du juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, on peut être amené « à conclure que le juge

the trier of fact could reasonably have reached” (p. 665).

The more problematic situation is where the trial judge renders a decision and gives either no reasons or, as in this case, “generic” reasons that could apply with equal facility to almost any criminal case. The complaint is not that the reasoning is defective but that it is unknown or unclear. In this respect, McLachlin J. stated as follows on behalf of the full Court in *Burns*, *supra*, at p. 664:

Failure to indicate expressly that all relevant considerations have been taken into account in arriving at a verdict is not a basis for allowing an appeal under s. 686(1)(a). This accords with the general rule that a trial judge does not err merely because he or she does not give reasons for deciding one way or the other on problematic points [citations omitted]. The judge is not required to demonstrate that he or she knows the law and has considered all aspects of the evidence. Nor is the judge required to explain why he or she does not entertain a reasonable doubt as to the accused’s guilt. Failure to do any of these things does not, in itself, permit a court of appeal to set aside the verdict.

This rule makes good sense. To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out. If they state their conclusions in brief compass, and these conclusions are supported by the evidence, the verdict should not be overturned merely because they fail to discuss collateral aspects of the case. [Emphasis added.]

The appellant relies on this statement as establishing a simple rule that trial judges are under no duty to give reasons, but it seems to me, on the contrary, that this Court *did* expect trial judges to state more than the result. McLachlin J. anticipated at least “their conclusions” on the main issues (though perhaps not “collateral” issues) at least “in brief compass”. Further, as pointed out by O’Neill J.A. in the court below, the observations in *Burns* were substantially qualified by the use of the words “all”, “general”, “merely”, “all aspects”, “in itself”, “every aspect”, “in brief compass”, and “collateral aspects”. What was said in *Burns*, it seems to me,

des faits n’a pas rendu un verdict raisonnable » (p. 665).

La situation est plus problématique lorsque le juge du procès rend une décision et qu’il ne donne aucun motif ou bien, comme en l’espèce, qu’il donne des motifs « généraux » qui pourraient s’appliquer à pratiquement toutes les affaires criminelles. Le recours ne porte pas sur les lacunes du raisonnement, mais sur le fait que celui-ci est inconnu ou incertain. À cet égard, madame le juge McLachlin s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Burns*, précité, a dit ceci à la p. 664 :

L’omission d’indiquer expressément que tous les facteurs pertinents ont été considérés pour en arriver à un verdict ne constitue pas une raison d’admettre un appel en application de l’al. 686(1)a). Cela est conforme à la règle générale selon laquelle le juge du procès ne commet pas une erreur du seul fait qu’il ne motive pas sa décision sur des questions problématiques [citations omises]. Le juge n’est pas tenu de démontrer qu’il connaît le droit et qu’il a tenu compte de tous les aspects de la preuve. Il n’est pas tenu non plus d’expliquer pourquoi il n’a pas de doute raisonnable sur la culpabilité de l’accusé. L’omission d’accomplir l’une de ces choses ne permet pas en soi à une cour d’appel d’annuler le verdict.

Cette règle est logique. Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours. S’ils formulent leurs conclusions avec concision et si ces conclusions s’appuient sur la preuve, il n’y a pas lieu d’infirmier le verdict simplement parce qu’ils n’ont pas analysé des aspects accessoires de l’affaire. [Je souligne.]

L’appelante soutient que cet énoncé établit une règle simple selon laquelle les juges du procès n’ont aucune obligation de motiver leurs décisions, mais il me semble, au contraire, que notre Cour s’attendait effectivement à ce que les juges du procès ne se bornent pas à énoncer simplement le résultat. Madame le juge McLachlin prévoyait à tout le moins qu’ils formuleraient « leurs conclusions » sur les questions principales (quoique peut-être pas sur les questions « accessoires ») à tout le moins « avec concision ». En outre, comme l’a souligné le juge O’Neill de la Cour d’appel, les observations faites dans l’arrêt *Burns* étaient nettement nuancées

was that the effort to establish the absence or inadequacy of reasons as a freestanding ground of appeal should be rejected. A more contextual approach is required. The appellant must show not only that there is a deficiency in the reasons, but that this deficiency has occasioned prejudice to the exercise of his or her legal right to an appeal in a criminal case.

1. Allegation of “Unreasonable Verdict” Cases

34

It is important to note that *Burns* was a case in which the accused alleged an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. The door was not shut to consideration of the absence of reasons, in an appropriate case, as an error of law under s. 686(1)(a)(ii) or a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii). In an appeal founded on s. 686(1)(a)(i), the Court is engaged in a review of the facts: *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 915. The test for an “unreasonable verdict” is whether “the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered”: *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185; and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at para. 36. The test is equally applicable to a judge sitting at trial without a jury: *Biniaris*, at para. 37. In such a case, while a court “must re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence” (*Yebes*, at p. 186), the verdict itself is the error complained of. The absence or inadequacy of reasons, while potentially supportive of a conclusion of unreasonable verdict, is not the mischief aimed at by the remedy.

35

Barrett, supra, confirmed the correctness of the view that the *dicta* in *Burns* was not intended as an appellate invitation to trial judges to insulate their decisions from judicial review by saying as little as

par l’utilisation des mots : « tous », « générale », « seul », « tous les aspects », « en soi », « avec concision » et « aspects accessoires ». Voici, selon moi, la véritable portée de l’arrêt *Burns* : il faut repousser toute tentative de faire de l’absence de motifs ou de leur insuffisance un moyen d’appel distinct. Une approche plus contextuelle s’impose. L’appelante doit établir non seulement que les motifs comportent des lacunes, mais également que ces lacunes lui ont causé un préjudice dans l’exercice du droit d’appel que lui confère la loi en matière criminelle.

1. Jurisprudence concernant les allégations de « verdict déraisonnable »

Il importe de souligner que l’arrêt *Burns* portait sur une affaire dans laquelle l’accusé plaidait que le verdict était déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. Il n’a pas été exclu que l’absence de motifs puisse, dans un cas opportun, être considérée comme une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii), ou comme une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). Lors d’un appel interjeté en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i), la cour procède à un examen des faits : *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 915. Le critère applicable pour déterminer si un « verdict est déraisonnable » consiste à décider « si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » : *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, p. 282; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185; et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 36. Ce critère s’applique tout autant à un juge siégeant sans jury : *Biniaris*, par. 37. En pareil cas, la cour « doit réexaminer l’effet de la preuve et aussi dans une certaine mesure la réévaluer » (*Yebes*, p. 186), mais c’est le verdict lui-même qui constitue l’erreur invoquée. Le recours ne vise pas à corriger l’absence de motifs ou leur insuffisance, même si celles-ci peuvent éventuellement étayer une conclusion de verdict déraisonnable.

L’arrêt *Barrett*, précité, a confirmé la justesse de l’opinion selon laquelle les remarques incidentes de l’arrêt *Burns* ne constituaient pas une invitation lancée aux juges de première instance à soustraire

possible about the reasons for their judgment. That case involved allegations of police brutality which led to a four-day *voir dire* to determine the admissibility of the statements made by the accused after his arrest. The accused had sustained physical injuries while in custody and there was no evidence of a fight with other inmates. The trial judge issued no reasons for admitting the statement other than letting it be known through his staff that his ruling was based on a finding of credibility. Arbour J.A., as she then was, ruled that:

Reasons must be given for findings of facts made upon disputed and contradicted evidence, and upon which the outcome of the case is largely dependent.

(*R. v. Barrett* (1993), 82 C.C.C. (3d) 266 (Ont. C.A.), at p. 287)

In brief oral reasons this Court reversed, stating at para. 1:

While it is clearly preferable to give reasons and although there may be some cases where reasons may be necessary, by itself, the absence of reasons of a trial judge cannot be a ground for appellate review when the finding is otherwise supportable on the evidence or where the basis of the finding is apparent from the circumstances. [Emphasis added.]

This statement did not bless the absence of reasons. It said only that appellate review in such cases would not be available where the disputed finding is otherwise supportable on the evidence (i.e., the verdict is not unreasonable), or where the basis of the finding is apparent from the circumstances. The Court concluded, on the facts of *Barrett*, that these conditions were met. On this basis it disagreed with the Ontario Court of Appeal.

It should be added that even where the allegation is unreasonable verdict, the absence of adequate reasons may, in some circumstances, contribute to appellate intervention. This is shown by *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, which involved the conviction of a former Christian Brother at the Mount Cashel Orphanage in St. John's, Newfoundland and

leurs décisions à l'examen en appel en révélant le moins possible les motifs de leur jugement. Cette affaire portait sur des allégations de brutalité policière ayant mené à un voir-dire de quatre jours sur l'admissibilité des déclarations faites par l'accusé après son arrestation. L'accusé avait subi des blessures pendant sa détention et il n'existait aucune preuve d'une bagarre avec d'autres détenus. Le juge du procès a jugé les déclarations admissibles sans donner de motifs sauf pour indiquer, par l'entremise de son cabinet, que sa décision était fondée sur une question de crédibilité. Madame le juge Arbour, maintenant juge de notre Cour, a conclu :

[TRADUCTION] Il faut motiver les conclusions de fait tirées d'une preuve litigieuse et contradictoire, et dont l'issue de l'affaire dépend largement.

(*R. c. Barrett* (1993), 82 C.C.C. (3d) 266 (C.A. Ont.), p. 287)

Dans de brefs motifs exprimés oralement, notre Cour a infirmé cette décision, disant ceci au par. 1 :

Certes, il est nettement préférable que des motifs soient donnés et, dans certains cas, il peut être nécessaire de le faire, mais, l'absence de motifs de la part d'un juge du procès ne peut, en soi, justifier une révision en appel lorsque la décision est par ailleurs appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances. [Je souligne.]

Cet énoncé n'a pas sanctionné l'absence de motifs. Il a seulement précisé que, en pareils cas, la décision litigieuse ne pourra être révisée en appel lorsqu'elle est par ailleurs appuyée par la preuve (c.-à-d. que le verdict n'est pas déraisonnable) ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances. Après avoir examiné les faits dans l'affaire *Barrett*, la Cour a conclu que ces conditions étaient remplies. Par conséquent, la Cour ne partageait pas l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario.

Il y a lieu d'ajouter que, même en présence d'une allégation de verdict déraisonnable, l'absence de motifs suffisants peut, dans certaines circonstances, jouer un rôle dans la décision de la cour d'appel d'intervenir. On en trouve un exemple dans l'arrêt *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, qui portait sur la déclaration de culpabilité d'un ancien frère des

36

37

38

Labrador, on multiple counts of indecent assault and assault causing bodily harm. In respect of one count, the Crown relied on the evidence of the witness L., who identified the accused from a photograph, but was not asked to identify him during the trial. The Crown offered no explanation for this omission. Sopinka J. reviewed the weaknesses of the identification evidence and concluded at para. 53:

The trial judge made no comment on the frailty of the identification evidence other than the general statement that she found L.'s evidence credible and accepted it. No reference is made to the fact that the appellant was not identified in court and that no explanation for failure to ask L. to do so was given. No reference is made to the erroneous identification made by T. using the photograph of the appellant. Given the unsatisfactory nature of L.'s evidence in general, this uncritical reliance on the unorthodox identification evidence renders the conviction unreasonable. Pursuant to s. 686(1)(a)(i), I would quash the conviction.

The absence of an explanation by the trial judge contributed to the Court's conclusion that "this is one of those rare instances where the trial court's assessments of credibility cannot be supported on any reasonable view of the evidence" (para. 7). Sopinka J. said that the power to overturn "unreasonable verdicts" was intended "as an additional and salutary safeguard against the conviction of the innocent" (para. 6). The omissions of the trial judge would not be permitted to preclude the making of that appellate determination. I fully agree with that proposition.

2. Allegation of "Error of Law" Cases

More recently, the Court has explored circumstances where, short of finding a verdict to be unreasonable, the trial judge's failure to articulate reasons in relation to a key issue in circumstances which require explanation could be characterized as an

Écoles chrétiennes de l'orphelinat de Mount Cashel à St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador), relativement à plusieurs chefs d'accusation d'attentat à la pudeur et de voies de fait causant des lésions corporelles. Relativement à un chef d'accusation, le ministère public s'est fondé sur le témoignage du témoin L., qui a identifié l'accusé à partir d'une photographie, mais à qui on n'a pas demandé de l'identifier au procès. Le ministère public n'a offert aucune explication relativement à cette omission. Le juge Sopinka a analysé la faiblesse de la preuve d'identification et a conclu, au par. 53 :

Le juge du procès n'a fait aucun commentaire sur la faiblesse de la preuve d'identification, si ce n'est sa déclaration générale qu'elle jugeait crédible le témoignage de L. et l'acceptait. Elle n'a pas mentionné le fait que l'appellant n'a pas été identifié en cour et qu'on n'a pas expliqué la raison pour laquelle L. n'avait pas été requis de le faire. Il n'y a aucune mention de l'identification erronée que T. a faite à l'aide de la photographie de l'appellant. Étant donné la nature insatisfaisante du témoignage de L. en général, le fait qu'on s'en soit remis aveuglément à cette preuve d'identification hétérodoxe rend la déclaration de culpabilité déraisonnable. Conformément au sous-al. 686(1)(a)(i), je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité.

L'absence d'une explication par le juge de première instance a incité la Cour à conclure qu'il s'agissait « d'un de ces cas peu communs où l'appréciation de la crédibilité par la cour de première instance ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve » (par. 7). Le juge Sopinka a dit que le pouvoir de rejeter les « verdicts déraisonnables » visait à créer « une garantie additionnelle et salutaire contre les déclarations de culpabilité de personnes innocentes » (par. 6). On ne saurait permettre que les omissions du juge du procès empêchent la cour d'appel de se prononcer à cet égard. Je souscris entièrement à cette proposition.

2. Jurisprudence concernant les allégations d'« erreur de droit »

Plus récemment, la Cour a étudié les circonstances où, sans qu'on puisse conclure à un verdict déraisonnable, l'omission par le juge de première instance d'exprimer ses motifs sur une question clé dans des circonstances qui exigeaient une

error of law, giving rise to a new trial (rather than, as is the case with an unreasonable verdict, an acquittal).

In *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, at paras. 25-27, Lamer C.J. referenced the earlier statements made in *Burns* and *Barrett* and stated that he did not interpret these cases as holding that there will never be an obligation on trial judges to write reasons:

. . . I wish to address briefly the issue of a trial judge's obligation to write reasons in criminal cases since this case involved a trial before a judge sitting without a jury. The issue was recently considered in this Court in the cases of [*Burns*] and [*Barrett*]. I do not interpret these cases as suggesting that there is no obligation on trial judges to write reasons. Indeed, in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, I held at p. 806 that:

Of course, courts should normally disclose in their judgment the basis for their decisions and, when relevant, the evidence it has decided to rely upon. However, if a court chooses not to do so, it may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties [Emphasis added.]

. . . .

I am of the view that in cases where the law is well settled and the disposition turns on an application of the law to the particular facts of the case, it will be difficult for an appellant to argue that the failure to provide reasons requires appellate intervention. . . .

. . . .

However, in a case where it appears that the law is unsettled, it would be wise for a trial judge to write reasons setting out the legal principles upon which the conviction is based so that an error may be more easily identified, if error there be. In the case at bar, there is no doubt that at the time of the appellants' trial in October of 1993, the law of intoxication was in a very unsettled and unsatisfactory state. . . . If the trial judge had not provided reasons in this case, we would not have been in a position to know whether he had applied the *MacAskill* approach as he in fact had done. [Emphasis added.]

explication pouvait être considérée comme une erreur de droit donnant ouverture à un nouveau procès (plutôt qu'à un acquittement, comme c'est le cas lorsque le verdict est déraisonnable).

Dans l'arrêt *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, par. 25-27, le juge en chef Lamer, se reportant aux énoncés antérieurs faits dans *Burns* et *Barrett*, a dit qu'à son avis, ces arrêts n'établissent pas que les juges de première instance ne sont jamais tenus de rédiger des motifs :

. . . je tiens à examiner brièvement la question de l'obligation du juge du procès de rédiger des motifs dans des affaires criminelles, étant donné qu'il s'est agi en l'espèce d'un procès devant un juge siégeant sans jury. Notre Cour a récemment examiné cette question dans les arrêts [*Burns*] et [*Barrett*]. Je ne considère pas que ces arrêts laissent entendre que les juges du procès ne sont pas tenus de rédiger des motifs. En fait, dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, j'affirme, à la p. 806 :

Évidemment les tribunaux devraient normalement révéler dans leur jugement le fondement de leurs décisions et, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels ils ont décidé de se fonder. Cependant, si une cour choisit de ne pas le faire, elle peut bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles . . . [Je souligne.]

. . . .

Je suis d'avis que, dans les affaires où le droit est bien établi et où la décision repose sur l'application du droit aux faits particuliers de l'affaire, il sera difficile pour l'appellant d'alléguer que le défaut d'exposer des motifs nécessite l'intervention d'une cour d'appel . . .

. . . .

Toutefois, dans un cas où il appert que le droit est incertain, il serait sage que le juge du procès rédige des motifs exposant les principes juridiques sur lesquels se fonde la déclaration de culpabilité, de manière que toute erreur qui peut s'être glissée puisse être identifiée plus facilement. En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'au moment du procès des appelants, en octobre 1993, l'état du droit en matière d'intoxication était très incertain et insatisfaisant [. . .] Si le juge du procès n'avait pas exposé des motifs en l'espèce, nous n'aurions pas été en mesure de savoir s'il avait appliqué l'approche de l'arrêt *MacAskill*, comme il l'a fait en l'espèce. [Je souligne.]

McMaster thus adverted to the reasoned nature of “adjudicative duties” in the context of the need to preserve meaningful appellate review. While Lamer C.J. spoke in terms of it being “wise” rather than obligatory to deal with “unsettled” points of law, the important point is that if the trial judge’s reasons had not treated the point in legal controversy, he was of the opinion that the appellate court “would not have been in a position” to assess the correctness of the result. Prejudice would flow from the deficiency. The delivery of inadequate trial reasons which cause or contribute to a deprivation of the meaningful exercise of a party’s right to have the correctness of the trial decision reviewed by an appellate court is, I think, an error of law.

41

More explicit recognition of the principle that a failure to give reasons in circumstances not amounting to unreasonable verdict may constitute an error of law came with *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291. The appellants in that case were charged with numerous counts of sexual and physical abuse against three children. The alleged assaults took place between 1983 and 1989. The “birth” parents and the mother’s lover were convicted of three counts of sexual assault and assault causing bodily harm. The children not only testified at trial to sexual and physical abuse, but spoke of babies who had been killed ritually and buried in the back garden, lengthy hospital stays for which no record could be found, and the eating of blood, urine and “pooh”. It emerged that some of these references were childhood code, e.g. “urine” was apple juice and “pooh” was pork and beans. It was in this context that Major J., writing for the majority on this point, stated, at para. 54:

It is my view that the trial judge erred in law by failing to address the confusing evidence, and failing to separate fact from fiction. [Emphasis added.]

After referring to the passages in *Burns* previously mentioned, Major J. went on to state, at para. 55:

L’arrêt *McMaster* a ainsi évoqué la motivation de l’exercice des « fonctions décisionnelles » dans le contexte de la nécessité de préserver un examen valable en appel. Même si le juge en chef Lamer a dit qu’il serait « sage » plutôt qu’impératif de traiter des points de droit « incertain[s] », ce qui importe c’est que si les motifs du juge du procès n’avaient pas traité du point en litige, la cour d’appel « n’[aurait] pas été en mesure », selon lui, d’apprécier la justesse du résultat. Le préjudice découlerait des lacunes des motifs. À mon avis, le juge du procès qui prononce des motifs insuffisants au point de priver une partie de son droit de faire examiner valablement la justesse de la décision de première instance par une cour d’appel, commet une erreur de droit.

L’arrêt *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, reconnaît plus explicitement le principe voulant que l’omission de donner des motifs dans des circonstances où le verdict n’est pas vraiment déraisonnable puisse constituer une erreur de droit. Dans cette affaire, les appelants devaient répondre à plusieurs chefs d’abus sexuels et physiques commis contre trois enfants. Les agressions alléguées étaient survenues entre 1983 et 1989. Les parents naturels des enfants et l’ami de la mère ont été déclarés coupables de trois chefs d’agression sexuelle et de voies de fait causant des lésions corporelles. Lors du procès, les enfants ont non seulement témoigné au sujet des abus sexuels et physiques, mais ils ont parlé de bébés qui auraient été tués selon un rituel et enterrés dans la cour arrière, de longs séjours à l’hôpital dont on n’a trouvé aucune trace et de consommation de sang, d’urine et de « caca ». Il s’est avéré que certaines de ces allusions correspondaient à un code des enfants, p. ex. l’« urine » était du jus de pomme et le « caca » des fèves au lard. C’est dans ce contexte que le juge Major, s’exprimant sur ce point au nom de la majorité, a dit au par. 54 :

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur de droit en ne traitant pas des éléments de preuve déroutants et en ne distinguant pas la réalité de la fiction. [Je souligne.]

Après un renvoi aux extraits de l’arrêt *Burns* cités précédemment, le juge Major a poursuivi en ces termes, au par. 55 :

The above-quoted passage does not stand for the proposition that trial judges are never required to give reasons. Nor does it mean that they are always required to give reasons. Depending on the circumstances of a particular case, it may be desirable that trial judges explain their conclusions.

This, I think, is clear support for the proposition that, *for purposes of appellate review*, the duty to give reasons is driven by the circumstances of the case rather than abstract notions of judicial accountability. Major J. continues, at para. 55:

Where the reasons demonstrate that the trial judge has considered the important issues in a case, or where the record clearly reveals the trial judge's reasons, or where the evidence is such that no reasons are necessary, appellate courts will not interfere.

This statement affirms that deficiency in reasons, by itself, is not a stand-alone ground of appeal. Major J. concludes, at para. 55:

Equally, in cases such as this, where there is confused and contradictory evidence, the trial judge should give reasons for his or her conclusions. The trial judge in this case did not do so. She failed to address the troublesome evidence, and she failed to identify the basis on which she convicted D.R. and H.R. of assault. This is an error of law necessitating a new trial. [Emphasis added.]

As stated at para. 58 of his reasons, Major J. considered *R. (D.)* to raise in an unusual aspect "the presumption of innocence and the requirement of proof beyond a reasonable doubt". The deficiency in the trial reasons precluded the appellate court from being satisfied that these fundamental principles had been properly applied. It is thus not every case of "confused and contradictory evidence" that will convert deficiency of reasons into an error of law for purposes of s. 686(1)(a)(ii). The error of law arises in that context because *in the opinion of the appellate court*, the deficiency precludes meaningful appellate review of the correctness of the decision. That threshold is not confined to cases of "bizarre" evidence.

Le passage ci-dessus ne signifie pas que les juges du procès ne sont jamais tenus d'exposer leurs motifs. Il ne veut pas dire non plus qu'ils sont toujours tenus de le faire. Selon les circonstances d'une affaire donnée, il peut être souhaitable que le juge du procès explique ses conclusions.

Selon moi, ce passage étaye clairement l'affirmation qu'aux *fins d'examen en appel*, l'obligation d'exposer des motifs est dictée par les circonstances de l'affaire plutôt que par des notions abstraites de responsabilité judiciaire. Le juge Major ajoute, au par. 55 :

Les tribunaux d'appel n'interviendront pas lorsque les motifs montrent que le juge du procès a examiné les questions importantes d'une affaire, ou lorsque les motifs du juge du procès ressortent clairement du dossier ou que la preuve est telle qu'il n'est pas nécessaire d'exposer des motifs.

Cet énoncé confirme que les motifs qui comportent des lacunes ne constituent pas, en soi, un moyen d'appel distinct. Le juge Major conclut, au par. 55 :

De même, dans des cas comme la présente affaire, où il y a des éléments de preuve embrouillés et contradictoires, le juge du procès devrait exposer des motifs expliquant ses conclusions. Le juge du procès ne l'a pas fait en l'espèce. Elle n'a pas traité des éléments de preuve troublants et elle n'a pas indiqué sur quoi elle s'est fondée pour déclarer D.R. et H.R. coupables de voies de fait. Il s'agit là d'une erreur de droit qui commande la tenue d'un nouveau procès. [Je souligne.]

Ainsi qu'il l'a dit au par. 58 de ses motifs, le juge Major a considéré que l'arrêt *R. (D.)* soulevait, sous un angle inhabituel, « la présomption d'innocence et [...] l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable ». Les lacunes des motifs donnés en première instance empêchaient le tribunal d'appel de vérifier si ces principes fondamentaux avaient été appliqués convenablement. Ce n'est donc pas dans toutes les affaires comportant des « éléments de preuve embrouillés et contradictoires » que les lacunes des motifs deviendront une erreur de droit pour l'application du sous-al. 686(1)(a)(ii). Dans ce contexte, l'erreur de droit survient parce que, *de l'avis du tribunal d'appel*, les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision. Ce seuil ne s'applique pas seulement aux affaires comportant des éléments de preuve « bizarres ».

44 The “error of law” approach was adopted by Sopinka J. in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 30. The accused was charged with the murder of an elderly man. The victim was found at his home, having died from five blows to the head with a blunt object. A brief investigation led police officers to the accused’s trailer where he was arrested without a warrant after they observed him wearing a blood-stained t-shirt. One of the issues faced by this Court was whether the police had reasonable and probable grounds for the arrest. At trial, the arresting officer testified that he did not believe he had reasonable grounds to arrest the accused when he entered the trailer. Rather, he formed this belief only after he was inside and observed the blood-stained shirt. Sopinka J., for the majority, concluded that the trial judge committed an error of law when he failed to explain his rejection of the policeman’s admission that he had himself lacked the grounds to arrest the accused prior to entering the trailer (at para. 31):

In order to conclude that, objectively speaking, reasonable and probable grounds for arrest existed, one must conclude that the officer on the scene was unreasonable in reaching a different conclusion. The trial judge, however, did not explain his dismissal of the officer’s evidence in this respect. In my view, such a failure to clarify the basis for his finding that the objective test was satisfied constituted an error of law. [Emphasis added.]

45 The judge’s silence bore on a critically important point. The police officer’s admission was the equivalent of admitting that the arrest was not in accordance with s. 495 of the *Code*. Thus, by failing to explain why he had rejected the police officer’s testimony, the trial judge arrived at a conclusion that was not intelligible from the record and the correctness of which could not be evaluated by the reviewing court. The basis of the finding, to quote *Barrett*, *supra*, at para. 1, was not “apparent from the circumstances”.

46 These cases make it clear, I think, that the duty to give reasons, where it exists, arises out of the

Le juge Sopinka a adopté l’approche de « l’erreur de droit » dans l’affaire *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 30. L’accusé avait été inculpé du meurtre d’un homme âgé. La victime avait été trouvée à son domicile, décédée après avoir été frappée à la tête à cinq reprises avec un objet contondant. Une enquête rapide a mené les policiers à la remorque de l’accusé où ce dernier a été arrêté sans mandat après que les policiers ont remarqué qu’il portait un t-shirt taché de sang. L’une des questions soumises à notre Cour consistait à savoir si la police avait des motifs raisonnables et probables d’effectuer l’arrestation. Lors du procès, le policier ayant effectué l’arrestation a témoigné qu’au moment d’entrer dans la remorque, il ne croyait pas avoir de motifs raisonnables pour arrêter l’accusé. C’est plutôt après être entré à l’intérieur et avoir remarqué le chandail taché de sang qu’il a acquis cette conviction. Le juge Sopinka a conclu, au nom de la majorité, que le juge du procès avait commis une erreur de droit en n’expliquant pas pourquoi il avait rejeté l’aveu du policier selon lequel il n’avait lui-même aucune raison d’arrêter l’accusé avant d’entrer dans la remorque (au par. 31) :

Pour conclure que de tels motifs existaient objectivement, il faut conclure qu’il était déraisonnable pour le policier sur les lieux de tirer une autre conclusion. Le juge du procès n’a toutefois pas expliqué pourquoi il avait rejeté le témoignage du policier à cet égard. À mon avis, une telle omission de clarifier les motifs de sa conclusion que l’on satisfaisait au critère objectif constituait une erreur de droit. [Je souligne.]

Le silence du juge concernait un point d’une importance cruciale. L’aveu du policier équivalait à admettre que l’arrestation n’avait pas été faite conformément à l’art. 495 du *Code*. En omettant ainsi d’expliquer pourquoi il avait rejeté le témoignage du policier, le juge du procès est arrivé à une conclusion qui était inintelligible à la lumière du dossier et dont la justesse ne pouvait pas être examinée par le tribunal chargé de l’appel. Pour reprendre les termes de l’arrêt *Barrett*, précité, par. 1, le fondement de la conclusion n’était pas « évident compte tenu des circonstances ».

J’estime que ces affaires montrent clairement que l’obligation de donner des motifs, lorsqu’elle

circumstances of a particular case. Where it is plain from the record why an accused has been convicted or acquitted, and the absence or inadequacy of reasons provides no significant impediment to the exercise of the right of appeal, the appeal court will not on that account intervene. On the other hand, where the path taken by the trial judge through confused or conflicting evidence is not at all apparent, or there are difficult issues of law that need to be confronted but which the trial judge has circumnavigated without explanation, or where (as here) there are conflicting theories for why the trial judge might have decided as he or she did, at least some of which would clearly constitute reversible error, the appeal court may in some cases consider itself unable to give effect to the statutory right of appeal. In such a case, one or other of the parties may question the correctness of the result, but will wrongly have been deprived by the absence or inadequacy of reasons of the opportunity to have the trial verdict *properly* scrutinized on appeal. In such a case, even if the record discloses evidence that on one view could support a reasonable verdict, the deficiencies in the reasons may amount to an error of law and justify appellate intervention. It will be for the appeal court to determine whether, in a particular case, the deficiency in the reasons precludes it from properly carrying out its appellate function.

3. Miscarriage of Justice

I would certainly not foreclose the possibility that the absence or inadequacy of reasons could contribute to a miscarriage of justice within the meaning of s. 686(1)(a)(iii) of the *Criminal Code*. Inadequate trial reasons may cause or contribute to an appellate conclusion that the trial judge failed to appreciate important evidence, but the failure might not be based on a misapprehension of some legal principle, and the court therefore may hesitate to characterize it as an error of law: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 295. In such cases, resort may be had to s. 686(1)(a)(iii): *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 17; *Fanjoy v. The Queen*,

existe, découle des circonstances d'une affaire donnée. Lorsque la raison pour laquelle un accusé a été déclaré coupable ou acquitté ressort clairement du dossier, et que l'absence de motifs ou leur insuffisance ne constitue pas un obstacle important à l'exercice du droit d'appel, le tribunal d'appel n'interviendra pas. Par contre, lorsque le raisonnement qu'a suivi le juge du procès pour démêler des éléments de preuve embrouillés ou litigieux n'est pas du tout évident ou lorsque des questions de droit épineuses requièrent un examen, mais que le juge du procès les a contournées sans explication, ou encore lorsque (comme en l'espèce) on peut donner de la décision du juge du procès des explications contradictoires dont au moins certaines constitueraient manifestement une erreur en justifiant l'annulation, le tribunal d'appel peut, dans certains cas, s'estimer incapable de donner effet au droit d'appel prévu par la loi. Alors, l'une ou l'autre des parties pourra douter de la justesse du résultat, mais l'absence de motifs ou leur insuffisance l'aura à tort privée de la possibilité d'obtenir un examen *convenable* en appel du verdict prononcé en première instance. En pareil cas, même si le dossier révèle des éléments de preuve qui, d'une certaine manière, pourraient appuyer un verdict raisonnable, les lacunes des motifs peuvent équivaloir à une erreur de droit et fonder l'intervention d'un tribunal d'appel. Il appartiendra à la cour d'appel de décider si, dans un cas donné, les lacunes des motifs l'empêchent de s'acquitter convenablement de ses fonctions en appel.

3. L'erreur judiciaire

Je n'écarterais certainement pas la possibilité que l'absence de motifs ou leur insuffisance puisse mener à une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)a)(iii) du *Code criminel*. Des motifs insuffisants en première instance peuvent amener la cour d'appel à conclure que le juge du procès a omis d'apprécier un élément de preuve important, mais il est possible que l'omission ne résulte pas de l'interprétation erronée d'un principe juridique et le tribunal pourrait en conséquence hésiter à la qualifier d'erreur de droit : *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, p. 295. En pareil cas, on peut recourir au sous-al. 686(1)a)(iii) : *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823,

[1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 220-21; *R. v. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362 (Ont. C.A.), at p. 380. The present case, in my view, is more properly dealt with as an error of law under s. 686(1)(a)(ii).

B) *The Floodgate Argument*

48 Lurking beneath the Crown's argument is perhaps the concern that already burdened trial judges will become overburdened, and appeal courts will be swamped with a wave of new cases based on allegations of non-existent or inadequate reasons. I do not think this is so.

49 Canada has the advantage of professional judges at all levels and for the most part they regard it as a mark of professionalism to give at least an adequate, and usually a more than adequate, explanation of their decisions.

50 It will be up to the appeal courts themselves to determine whether the deficiencies in the trial reasons, taken together with the trial record as a whole, preclude meaningful appellate review. If that is their conclusion, they *should* have the power to intervene. Section 686(1)(a)(ii), which may lead to a new trial, is a more proportionate response to such a situation than is an acquittal based on s. 686(1)(a)(i) ("unreasonable verdict") which addresses a situation where the verdict itself is the error. In the present case, the verdict itself was not necessarily an error, but the Court of Appeal felt unable to subject the correctness of the conviction to proper appellate scrutiny because of "boilerplate" reasons. This engaged its authority under s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code* ("error of law"). Given the high standards set by trial judges in this country, I would expect situations to be rare where the verdict is not unreasonable but the right of appeal is nevertheless frustrated by a poor or non-existent set of reasons.

2001 CSC 86, par. 17; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 220-221; *R. c. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Ont.), p. 380. À mon avis, la présente affaire relève davantage de l'erreur de droit prévue au sous-al. 686(1)a)(ii).

B) *L'argument de l'avalanche de poursuites*

Derrière l'argument du ministère public se profile peut-être la crainte que les juges de première instance, déjà très occupés, deviennent surchargés, et que les cours d'appel soient submergées par une vague de nouvelles affaires fondées sur l'inexistence ou l'insuffisance alléguées des motifs. Je ne pense pas que cela se produira.

Le Canada a l'avantage d'avoir des juges de profession à tous les niveaux et la plupart d'entre eux considèrent comme une marque de professionnalisme d'expliquer leurs décisions, à tout le moins convenablement et habituellement plus que convenablement.

Il reviendra aux cours d'appel de décider si les lacunes des motifs donnés en première instance, analysés globalement avec le dossier d'instruction, font obstacle à un examen valable en appel. Si elles arrivent à cette conclusion, elles *devraient* avoir le pouvoir d'intervenir. Le sous-alinéa 686(1)a)(ii), qui peut mener à la tenue d'un nouveau procès, constitue une réponse plus proportionnée qu'un acquittement fondé sur le sous-al. 686(1)a)(i) (« verdict déraisonnable »), qui vise le cas où le verdict lui-même est erroné. En l'espèce, le verdict lui-même n'était pas nécessairement erroné, mais la Cour d'appel s'est estimée incapable d'examiner convenablement en appel la justesse de la déclaration de culpabilité parce que les motifs se résumaient à une « formule standard ». Cette conclusion lui permettait d'exercer le pouvoir que lui confère le sous-al. 686(1)a)(ii) du *Code criminel* (« erreur de droit »). Compte tenu des normes élevées établies par les juges de première instance au pays, je m'attends à ce qu'il arrive rarement que le verdict ne soit pas déraisonnable, mais que le droit d'appel soit néanmoins compromis par l'insuffisance des motifs ou leur inexistence.

Moreover, for those who fear overburdening already burdened trial judges, the presumption that judges know the law and deal properly with the facts presupposes that whatever time is required to adjudicate the issues has in fact been taken. While, as suggested above, the act of formulating reasons may further focus and concentrate the judge's mind, and demands an additional effort of self-expression, the requirement of reasons as such is directed only to having the trial judge articulate the thinking process that it is presumed has already occurred in a fashion sufficient to satisfy the demand of appellate review.

Where the factual basis of the decision is intelligible to the appellate court for purposes of reviewing its correctness, it would rarely if ever be open to an appellant to argue "intelligibility to the parties" as an independent ground for reversal. It will generally be sufficient for purposes of judicial accountability if the appellate court, having decided that it understands from the whole record (including the allegedly deficient reasons) the factual and legal basis for the trial decision, then communicates that understanding to the accused in its own reasons.

C) *Proponents of a More Extensive Duty to Give Reasons*

I have stressed the necessary connection in the appellate context between the failure to provide proper reasons and frustration of rights of appeal. Some judicial commentators have taken recent cases in this Court and elsewhere as authority for a more general duty to give reasons: see, e.g., "Do Trial Judges Have a Duty to Give Reasons for Convicting?" (1999), 25 C.R. (5th) 150, by Justice Gerard Mitchell of the Prince Edward Island Court of Appeal, at p. 156; Judge Ian MacDonnell of the Ontario Court (Provincial Division), "Reasons for Judgment and Fundamental Justice", in J. Cameron, ed., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), 151, at pp. 158-59; and R. J. Allen and G. T. G. Seniuk, "Two Puzzles of Juridical Proof" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 65, at pp. 69-80. See also: D. Stuart, *Charter Justice in Canadian*

En outre, pour ceux qui craignent de surcharger les juges de première instance déjà très occupés, la présomption voulant que les juges connaissent le droit et traitent convenablement les faits suppose qu'ils ont effectivement pris le temps voulu pour statuer sur les questions en litige. Bien que, comme je l'ai dit précédemment, la formulation des motifs puisse amener le juge à concentrer davantage son attention sur l'affaire et à fournir un effort d'expression supplémentaire, l'obligation de donner des motifs ne vise qu'à garantir que le juge du procès expose le raisonnement qu'il est présumé avoir déjà suivi, en des termes suffisants pour en permettre l'examen en appel.

Lorsque le fondement factuel de la décision est intelligible pour fins d'examen de sa justesse par la cour d'appel, l'appelant ne pourra que rarement, sinon jamais, soulever l'argument de « l'intelligibilité pour les parties » comme moyen distinct d'annulation. Sur le plan de la responsabilité judiciaire, il suffira généralement que la cour d'appel, ayant décidé que l'ensemble du dossier (y compris les motifs dont on allègue l'insuffisance) lui permet de comprendre le fondement factuel et juridique de la décision de première instance, explique alors à l'accusé ce qu'elle a compris dans ses propres motifs.

C) *Les tenants d'une obligation plus étendue de donner des motifs*

J'ai insisté sur le lien nécessaire, dans le contexte d'un appel, entre l'omission de fournir des motifs suffisants et l'entrave à l'exercice des droits d'appel. Certains commentateurs judiciaires se sont appuyés sur la jurisprudence récente de notre Cour et d'autres tribunaux pour avancer qu'il existe une obligation plus générale de donner des motifs : voir p. ex. « Do Trial Judges Have a Duty to Give Reasons for Convicting? » (1999), 25 C.R. (5th) 150, par le juge Gerard Mitchell de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, p. 156; le juge Ian MacDonnell de la Cour de l'Ontario (Division provinciale), « Reasons for Judgment and Fundamental Justice », dans J. Cameron, dir., *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996), 151, p. 158-159; et R. J. Allen et G. T. G. Seniuk, « Two Puzzles of Juridical Proof » (1997), 76 *R. du B. can.*

51

52

53

Criminal Law (3rd ed. 2001), at p. 187; and G. Cournoyer, Annotation to *R. v. Biniaris* (2000), 32 C.R. (5th) 1, at p. 6. To the extent these commentators are saying that giving reasons is part of the job of a professional judge and accountability for the exercise of judicial power demands no less, I agree with them. To the extent they go further and say that the inadequacy of reasons provides a free-standing right of appeal and in itself confers entitlement to appellate intervention, I part company. The requirement of reasons, in whatever context it is raised, should be given a functional and purposeful interpretation.

65, p. 69-80. Voir également : D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 187; et G. Cournoyer, Annotation to *R. v. Biniaris* (2000), 32 C.R. (5th) 1, p. 6. Dans la mesure où ces commentateurs disent que le prononcé des motifs fait partie du travail d'un juge de profession et que la responsabilité découlant de l'exercice du pouvoir judiciaire n'exige rien de moins, je suis d'accord avec eux. Dans la mesure où ils vont jusqu'à affirmer que l'insuffisance des motifs crée un droit d'appel distinct et confère en soi le droit à l'intervention d'une cour d'appel, je me dissocie d'eux. L'obligation de donner des motifs, peu importe le contexte dans lequel elle est invoquée, devrait recevoir une interprétation fonctionnelle et fondée sur l'objet.

54 Other observers criticize the rationale for the present rules, including the presumption that "judges are presumed to know the law with which they work day in and day out" (*Burns, supra*, at p. 664). A review of some reported cases appears in D. M. Tanovich, "Testing the Presumption That Trial Judges Know the Law: The Case of *W. (D.)*" (2001), 43 C.R. (5th) 298. Such attacks, in my view, take insufficient account of the differences between presumptions of law (which this is) and presumptions of fact. The presumption here simply reflects the burden on the appellant to demonstrate errors in the trial decision or to show frustration of appellate review of the correctness of that decision. This is entirely consistent with the normal operation of the adversarial process on appeal. Nothing more is intended. The appellant is not required to "rebut" the presumption of general competence. A judge who knows the law may still make mistakes in a particular case.

D'autres observateurs critiquent le fondement des présentes règles, notamment la présomption selon laquelle « [l]es juges [. . .] sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours » (*Burns, précité*, p. 664). Dans « Testing the Presumption That Trial Judges Know the Law : The Case of *W. (D.)* » (2001), 43 C.R. (5th) 298, D. M. Tanovich fait une recension de certaines décisions publiées. À mon avis, ces critiques ne tiennent pas suffisamment compte des distinctions entre les présomptions de droit (comme en l'espèce) et les présomptions de fait. En l'occurrence, la présomption exprime simplement le fardeau qui incombe à l'appelante de prouver que la décision de première instance comporte des erreurs ou d'établir une entrave à l'examen en appel de la justesse de cette décision. Cette présomption est tout à fait compatible avec le déroulement normal du processus contradictoire en appel. On ne vise rien de plus. L'appelante n'est pas tenue de « réfuter » la présomption de compétence générale. Un juge qui connaît le droit peut néanmoins commettre des erreurs dans une affaire donnée.

D) *A Proposed Approach*

D) *L'approche proposée*

55 My reading of the cases suggests that the present state of the law on the duty of a trial judge to give reasons, viewed in the context of appellate intervention in a criminal case, can be summarized in the following propositions, which are intended to be helpful rather than exhaustive:

Selon mon interprétation de la jurisprudence, l'état actuel du droit en ce qui concerne l'obligation du juge de première instance de donner des motifs, dans le contexte de l'intervention d'une cour d'appel en matière criminelle, peut se résumer par les propositions suivantes, qui se veulent utiles sans être exhaustives :

1. The delivery of reasoned decisions is inherent in the judge's role. It is part of his or her accountability for the discharge of the responsibilities of the office. In its most general sense, the obligation to provide reasons for a decision is owed to the public at large.
 2. An accused person should not be left in doubt about why a conviction has been entered. Reasons for judgment may be important to clarify the basis for the conviction but, on the other hand, the basis may be clear from the record. The question is whether, in all the circumstances, the functional need to know has been met.
 3. The lawyers for the parties may require reasons to assist them in considering and advising with respect to a potential appeal. On the other hand, they may know all that is required to be known for that purpose on the basis of the rest of the record.
 4. The statutory right of appeal, being directed to a conviction (or, in the case of the Crown, to a judgment or verdict of acquittal) rather than to the reasons for that result, not every failure or deficiency in the reasons provides a ground of appeal.
 5. Reasons perform an important function in the appellate process. Where the functional needs are not satisfied, the appellate court may conclude that it is a case of unreasonable verdict, an error of law, or a miscarriage of justice within the scope of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, depending on the circumstances of the case and the nature and importance of the trial decision being rendered.
 6. Reasons acquire particular importance when a trial judge is called upon to address troublesome principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue,
1. Prononcer des décisions motivées fait partie intégrante du rôle du juge. Cette fonction est une composante de son obligation de rendre compte de la façon dont il s'acquitte de sa charge. Dans son sens le plus général, c'est en faveur du public qu'est établie l'obligation de motiver une décision.
 2. Il ne faut pas laisser l'accusé dans le doute quant à la raison pour laquelle il a été déclaré coupable. Il peut être important d'exprimer les motifs du jugement pour clarifier le fondement de la déclaration de culpabilité, mais il se peut que ce fondement ressorte clairement du dossier. Il s'agit de savoir si, eu égard à l'ensemble des circonstances, le besoin fonctionnel d'être informé a été comblé.
 3. Il se peut que les motifs s'avèrent essentiels aux avocats des parties pour les aider à évaluer l'opportunité d'interjeter appel et à conseiller leurs clients à cet égard. Par contre, il est possible que les autres éléments du dossier leur apprennent tout ce qu'ils doivent savoir à cette fin.
 4. Comme le droit d'appel conféré par la loi s'applique à la déclaration de culpabilité (ou, dans le cas du ministère public, au jugement ou au verdict d'acquittal) plutôt qu'aux motifs, chaque omission ou lacune dans l'exposé des motifs ne constituera pas nécessairement un moyen d'appel.
 5. L'exposé des motifs joue un rôle important dans le processus d'appel. Lorsque les besoins fonctionnels ne sont pas comblés, la cour d'appel peut conclure qu'il s'agit d'un cas de verdict déraisonnable, d'une erreur de droit ou d'une erreur judiciaire qui relèvent de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*, suivant les circonstances de l'affaire, et suivant la nature et l'importance de la décision rendue en première instance.
 6. Les motifs revêtent une importance particulière lorsque le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis, ou démêler des éléments

unless the basis of the trial judge's conclusion is apparent from the record, even without being articulated.

7. Regard will be had to the time constraints and general press of business in the criminal courts. The trial judge is not held to some abstract standard of perfection. It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.
8. The trial judge's duty is satisfied by reasons which are sufficient to serve the purpose for which the duty is imposed, i.e., a decision which, having regard to the particular circumstances of the case, is reasonably intelligible to the parties and provides the basis for meaningful appellate review of the correctness of the trial judge's decision.
9. While it is presumed that judges know the law with which they work day in and day out and deal competently with the issues of fact, the presumption is of limited relevance. Even learned judges can err in particular cases, and it is the correctness of the decision in a particular case that the parties are entitled to have reviewed by the appellate court.
10. Where the trial decision is deficient in explaining the result to the parties, but the appeal court considers itself able to do so, the appeal court's explanation in its own reasons is sufficient. There is no need in such a case for a new trial. The error of law, if it is so found, would be cured under the s. 686(1)(b)(iii) proviso.

E) Application of These Principles to the Facts

The majority judgments of the Newfoundland Court of Appeal found the trial decision unintelligible and therefore incapable of proper judicial scrutiny on appeal. I agree with this conclusion.

de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé, à moins que le fondement de la conclusion du juge de première instance ressorte du dossier, même sans être précisé.

7. Il faut tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles. Le juge du procès n'est pas tenu à une quelconque norme abstraite de perfection. On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.
8. Le juge de première instance s'acquitte de son obligation lorsque ses motifs sont suffisants pour atteindre l'objectif visé par cette obligation, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des circonstances de l'espèce, sa décision est raisonnablement intelligible pour les parties et fournit matière à un examen valable en appel de la justesse de la décision de première instance.
9. Les juges sont certes censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours et trancher les questions de fait avec compétence, mais cette présomption a une portée limitée. Même les juges très savants peuvent commettre des erreurs dans une affaire en particulier, et c'est la justesse de la décision rendue dans une affaire en particulier que les parties peuvent faire examiner par un tribunal d'appel.
10. Lorsque la décision du juge de première instance ne suffit pas à expliquer le résultat aux parties, et que la cour d'appel s'estime en mesure de l'expliquer, l'explication que cette dernière donne dans ses propres motifs est suffisante. Un nouveau procès n'est alors pas nécessaire. L'erreur de droit décelée, le cas échéant, est corrigée au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii).

E) L'application de ces principes aux faits

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve ont conclu que la décision de première instance n'était pas intelligible et qu'elle rendait donc impossible un examen judiciaire valable en appel. Je souscris à cette conclusion.

1. Intelligibility to the Parties and Counsel

A distinction may be drawn for these purposes between a situation of no reasons and an allegation of inadequate reasons.

In the present case the trial judge stated his conclusion (guilt) essentially without reasons. In the companion appeal in *R. v. Braich*, [2002] 1 S.C.R. 903, 2002 SCC 27, the trial judge gave 17 pages of oral reasons, but the accused individuals argued that the reasons overlooked important issues and should be considered inadequate. The two types of situation raise somewhat different problems.

In this case, the trial judge says he “reminded himself” of various things including the burden on the Crown and the credibility of witnesses, but we are no wiser as to how his reasoning proceeded from there. The respondent was convicted of possession of stolen goods. It was central to Ms. Noseworthy’s evidence that the “stolen” windows were to be incorporated into the respondent’s house, but there was no evidence that a search had been made of his premises. The allegedly stolen property was never found in his possession. The respondent flatly asserted his innocence.

The trial judge’s reasons were so “generic” as to be no reasons at all. Speaking of the Crown’s attempt to excuse the “boilerplate” reasons by the busy nature of Judge Barnable’s courtroom, Green J.A. commented (at. pp. 269-70):

Reasons also relate to the fairness of the trial process. Particularly in a difficult case where hard choices have to be made, they may provide a modicum of comfort, especially to the losing party, that the process operated fairly, in the sense that the judge properly considered the relevant issues, applied the appropriate principles and

1. L’intelligibilité pour les parties et les avocats

Pour les besoins de la présente analyse, on peut faire une distinction entre l’absence de motifs et leur insuffisance alléguée.

En l’espèce, le juge du procès a exposé sa conclusion (de culpabilité) essentiellement sans en donner les motifs. Dans le pourvoi connexe *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903, 2002 CSC 27, le juge du procès a prononcé oralement des motifs qui couvrent 17 pages, mais les accusés alléguaient que ces motifs n’abordaient pas certaines questions importantes et devaient être considérés insuffisants. Ces deux types de situations soulèvent des problèmes quelque peu différents.

En l’espèce, le juge du procès dit [TRADUCTION] « s’être rappelé » différentes choses, notamment le fardeau qui incombe au ministère public et la crédibilité des témoins, mais nous n’en savons pas plus sur le raisonnement qu’il a adopté à partir de là. L’intimé a été déclaré coupable de possession de biens volés. Le fait que les fenêtres « volées » devaient être incorporées à la maison de l’intimé se trouvait au cœur du témoignage de M^{me} Noseworthy, mais aucune preuve n’a été présentée pour établir qu’une perquisition avait été effectuée sur les lieux. Les biens censément volés n’ont jamais été trouvés en la possession de l’intimé et ce dernier a catégoriquement clamé son innocence.

Les motifs du juge du procès étaient formulés en termes tellement « généraux » qu’il est possible d’affirmer qu’il n’a tout simplement pas motivé sa décision. Au sujet de la tentative du ministère public de justifier la « formule standard » des motifs en invoquant le nombre d’affaires entendues dans la salle d’audience du juge Barnable de la Cour provinciale, le juge Green de la Cour d’appel a fait le commentaire suivant (aux p. 269-270) :

[TRADUCTION] Les motifs sont également liés à l’équité du procès. En particulier dans un cas épineux où des choix difficiles doivent être faits, ils peuvent offrir la maigre consolation, surtout à la partie perdante, que le procès s’est déroulé équitablement, c’est-à-dire que le juge a évalué convenablement les questions pertinentes,

57

58

59

60

addressed the key points of evidence and argument submitted.

It is cold comfort, I would suggest, to an accused seeking an explanation for being convicted in a case where there was a realistic chance of success, to be told he is not entitled to an explanation because judges are “too busy”.

I agree, provided it is kept in mind that in the vast majority of criminal cases both the issues and the pathway taken by the trial judge to the result will likely be clear to all concerned. Accountability seeks basic fairness, not perfection, and does not justify an undue shift in focus from the correctness of the result to an esoteric dissection of the words used to express the reasoning process behind it.

61 Given the weaknesses of the Crown’s evidence in this case, even the most basic notion of judicial accountability for the imposition of a criminal record would include accountability to the accused (respondent) as well as to an appellate court: *R. v. Gun Ying*, [1930] 3 D.L.R. 925 (Ont. S.C., App. Div.); *R. v. McCullough*, [1970] 1 C.C.C. 366 (Ont. C.A.).

62 The respondent’s expressed bewilderment about the trial judge’s pathway through the evidence to his decision is not contrived. The majority of the Newfoundland Court of Appeal shared the bewilderment, as do I.

63 The next question is whether this failure of clarity, transparency and accessibility to the legal reasoning prevented appellate review of the correctness of the decision.

2. Meaningful Appellate Review

64 The majority of the Newfoundland Court of Appeal found the absence of reasons prevented them from properly reviewing the correctness of

qu’il a appliqué les principes appropriés et qu’il a tranché les éléments clés de la preuve et des arguments soumis.

Pour l’accusé dont les chances de succès étaient réalistes et qui cherche une explication à sa déclaration de culpabilité, c’est une piètre consolation, j’imagine, que de se faire dire qu’il n’a pas droit à une explication parce que les juges sont « trop occupés ».

Je souscris à ce commentaire, à la condition de garder à l’esprit que, dans la grande majorité des affaires criminelles, tant les questions litigieuses que le raisonnement qu’a suivi le juge de première instance pour arriver au résultat seront vraisemblablement clairs pour toutes les parties concernées. La responsabilité judiciaire vise l’équité fondamentale et non la perfection, et elle ne justifie pas qu’on opère un changement indu de perspective en s’attachant davantage à une dissection ésotérique des mots employés pour exprimer le raisonnement qui sous-tend le résultat qu’à la justesse du résultat.

Vu les faiblesses de la preuve du ministère public en l’espèce, même la notion la plus élémentaire de responsabilité judiciaire relativement à la création d’un casier judiciaire engloberait la responsabilité tant envers l’accusé (l’intimé) qu’envers une cour d’appel : *R. c. Gun Ying*, [1930] 3 D.L.R. 925 (C.S. Ont., div. app.); *R. c. McCullough*, [1970] 1 C.C.C. 366 (C.A. Ont.).

La perplexité alléguée de l’intimé à l’égard du cheminement qu’a emprunté le juge du procès pour arriver à sa conclusion eu égard à la preuve n’est pas feinte. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de Terre-Neuve étaient eux aussi perplexes, et je le suis tout autant.

L’autre question qui se pose est de savoir si ce manque de clarté, de transparence et d’accessibilité du raisonnement juridique a fait obstacle à l’examen en appel de la justesse de la décision.

2. L’examen valable en appel

Les juges majoritaires de la Cour d’appel de Terre-Neuve ont conclu que l’absence de motifs les empêchait d’apprécier convenablement la

the unknown pathway taken by the trial judge in reaching his conclusion, but which remained unexpressed.

Their problem, clearly, was their inability to assess whether the principles of *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 757, had been applied, namely, whether the trial judge had addressed his mind, as he was required to do, to the possibility that despite having rejected the evidence of the respondent, there might nevertheless, given the peculiar gaps in the Crown's evidence in this case, be a reasonable doubt as to the proof of guilt. The ultimate issue was not whether he believed Ms. Noseworthy or the respondent, or part or all of what they each had to say. The issue at the end of the trial was not credibility but reasonable doubt.

Where a party has a right of appeal, the law presupposes that the exercise of that right is to be meaningful. This obvious proposition is widely supported in the cases. In *R. v. Richardson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 15 (Ont. C.A.), for example, the accused was convicted of two counts of sexual assault. On appeal, in an argument that to some extent anticipates the present case, the accused submitted that the trial judge had concentrated solely on the credibility of the complainant and ignored the totality of evidence, particularly the evidence of five other witnesses that corroborated his version of events. In allowing the appeal, Carthy J.A., with whom Finlayson J.A. concurred, stated at p. 23:

There is no need that the reasons of a trial judge be as meticulous in attention to detail as a charge to a jury. In moving under pressure from case to case it is expected that oral judgments will contain much less than the complete line of reasoning leading to the result. Nevertheless, if an accused is to be afforded a right of appeal it must not be an illusory right. An appellant must be in a position to look to the record and point to what are arguably legal errors or palpable and overriding errors of fact. If nothing is said on issues that might otherwise have brought about an acquittal, then a reviewing court simply cannot make

justesse du raisonnement qu'a adopté le juge du procès pour parvenir à sa conclusion, raisonnement qui est demeuré inexprimé.

Manifestement, le problème éprouvé par les juges résidait dans leur incapacité à déterminer si les principes énoncés dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, p. 757, avaient été appliqués, c'est-à-dire si le juge de première instance s'était interrogé, comme il était tenu de le faire, sur la possibilité qu'en dépit du fait qu'il avait rejeté le témoignage de l'intimé, un doute raisonnable pouvait subsister à l'égard de la preuve de la culpabilité, compte tenu des lacunes particulières de la preuve du ministère public en l'espèce. La question ultime n'était pas de savoir s'il croyait M^{me} Noseworthy ou l'intimé, ni la totalité ou une partie du témoignage de chacun. À l'issue du procès, la question qui se posait n'était pas celle de la crédibilité, mais celle du doute raisonnable.

Lorsqu'une partie possède un droit d'appel, la loi présuppose qu'elle peut l'exercer valablement. Cette proposition évidente est largement soutenue par la jurisprudence. Dans l'affaire *R. c. Richardson* (1992), 74 C.C.C. (3d) 15 (C.A. Ont.), par exemple, l'accusé avait été déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle. En appel, dans une argumentation qui, dans une certaine mesure, anticipe la présente affaire, l'accusé a soutenu que le juge de première instance s'était intéressé uniquement à la crédibilité de la plaignante et qu'il avait ignoré l'ensemble de la preuve, particulièrement le témoignage de cinq autres témoins qui avaient corroboré la version des faits de l'accusé. En faisant droit à l'appel, le juge Carthy, avec l'appui du juge Finlayson, a dit ce qui suit, à la p. 23 :

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que les motifs donnés par un juge de première instance soient aussi détaillés qu'un exposé au jury. Les juges étant pressés de trancher une affaire après l'autre, on s'attend à ce que leurs jugements prononcés oralement soient beaucoup plus succincts que le raisonnement complet qui en sous-tend le résultat. Néanmoins, si un accusé se voit accorder un droit d'appel, celui-ci ne doit pas être illusoire. L'appellant doit être en mesure d'examiner le dossier et d'y repérer les erreurs de droit ou les erreurs de fait manifestes et dominantes susceptibles d'être invoquées. Si le juge est resté muet sur des questions

65

66

an assessment, and justice is not afforded to the appellant.

67 To the same effect, see *R. v. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368 (Que. C.A.); *R. v. Anagnostopoulos* (1993), 20 C.R. (4th) 98 (Nfld. S.C., App. Div.); *R. v. Davis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 98 (Alta. C.A.); and *Hache, supra*. In each of these cases, the lack of reasons prevented the reviewing court from effectively addressing important grounds of appeal.

V. Conclusion

68 Cameron J.A., in dissent, protested that “if Ms. Noseworthy’s version of events is accepted by the trier of fact there is evidence upon which a trier of fact could reasonably convict” (para. 85). I agree that this case does not amount to an “unreasonable verdict” within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. That conclusion, however, did not exhaust the powers of the Court of Appeal. In my opinion, the failure of the trial judge to deliver meaningful reasons for his decision in this case was an error of law within the meaning of s. 686(1)(a)(ii) of the *Criminal Code*. The Crown has not sought to save the conviction under the proviso in s. 686(1)(b)(iii), and rightly so.

VI. Disposition

69 The appeal is dismissed. Whether or not to hold a new trial is in the discretion of the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John’s, Newfoundland and Labrador.

Solicitors for the respondent: Williams, Roebottom, McKay and Marshall, St. John’s, Newfoundland and Labrador.

qui auraient pu par ailleurs conduire à un acquittement, une cour d’appel ne peut tout simplement pas évaluer le dossier et l’appelant ne peut obtenir justice.

Voir, dans le même sens, *R. c. Dankyi* (1993), 86 C.C.C. (3d) 368 (C.A. Qué.); *R. c. Anagnostopoulos* (1993), 20 C.R. (4th) 98 (C.S.T.-N., div. app.); *R. c. Davis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 98 (C.A. Alb.); et *Hache*, précité. Dans chacune de ces affaires, l’insuffisance des motifs a empêché la cour d’appel d’examiner efficacement d’importants moyens d’appel.

V. Conclusion

Madame le juge Cameron, dans sa dissidence, a répliqué que [TRADUCTION] « si le juge des faits retient la version des faits de M^{me} Noseworthy, il dispose d’une preuve sur laquelle il peut raisonnablement fonder une déclaration de culpabilité » (par. 85). Je conviens que la présente affaire ne constitue pas un « verdict déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. Cette conclusion n’a cependant pas épuisé les pouvoirs de la Cour d’appel. À mon avis, en l’espèce, l’omission du juge du procès de motiver valablement sa décision constituait une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code criminel*. Le ministère public n’a pas cherché à valider la déclaration de culpabilité par application du sous-al. 686(1)(b)(iii), et ce, à bon droit.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté. La tenue d’un nouveau procès est laissée à la discrétion du procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Le ministère de la Justice, St. John’s, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureurs de l’intimé : Williams, Roebottom, McKay and Marshall, St. John’s, Terre-Neuve-et-Labrador.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ajmer Braich and Sukhminder Braich *Respondents***INDEXED AS: R. v. BRAICH****Neutral citation: 2002 SCC 27.**

File No.: 27843.

2001: June 21; 2002: March 21.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA*Criminal law — Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal cases — Appellate review — Proposed approach — Functional test.**Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused's convictions for manslaughter and aggravated assault and ordering new trial because frailties of identification evidence had not been subjected to sufficient analysis in reasons for judgment — Sufficiency of trial judge's reasons — Whether trial judge's reasons met functional test.*

A group of friends was swept with low trajectory gun fire from a passing van. One victim died and three others were wounded. A van owned by one of the respondent brothers later was found in a parking lot thoroughly cleaned. At trial, the respondents were convicted of manslaughter and aggravated assault primarily, if not exclusively, on the basis of eyewitness identification by the two main Crown witnesses who were members of the victim group. The first witness identified one of the respondents as the driver, and the second identified both respondents respectively as the driver and shooter. The trial judge noted the possibility of collusion and some omissions and variation from their prior statements to police but nonetheless accepted their identification evidence as both credible and reliable. The trial judge rejected the identification evidence of a third eyewitness as unreliable. On appeal, a majority of the Court of Appeal considered the convictions to be unsafe, because the frailties and incon-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ajmer Braich et Sukhminder Braich *Intimés***RÉPERTORIÉ : R. c. BRAICH****Référence neutre : 2002 CSC 27.**N^o du greffe : 27843.

2001 : 21 juin; 2002 : 21 mars.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE*Droit criminel — Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.**Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs du jugement — Décision de la Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité des accusés pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que les faiblesses de la preuve d'identification n'avaient pas été analysées suffisamment dans les motifs du jugement — Suffisance des motifs du juge du procès — Les motifs du juge du procès satisfaisaient-ils au critère fonctionnel?*

Un groupe d'amis a été balayé par des coups de feu tirés à faible hauteur d'une fourgonnette en marche. Une victime est décédée et trois autres ont été blessées. Une fourgonnette appartenant à l'un des frères intimés a été retrouvée plus tard dans un stationnement, nettoyée de fond en comble. En première instance, les intimés ont été déclarés coupables d'homicide involontaire coupable et de voies de fait graves principalement, voire exclusivement, sur la base de la déposition des deux principaux témoins oculaires du ministère public, membres du groupe victime. Le premier témoin a identifié l'un des intimés comme le conducteur; le deuxième a identifié l'un des intimés comme le conducteur et l'autre comme le tireur. Le juge du procès a mentionné la possibilité de collusion et certaines omissions et différences par rapport à leurs déclarations antérieures à la police, mais il a jugé leur preuve d'identification crédible et fiable. Le juge du procès a rejeté la preuve d'identification émanant

sistencies of the identification evidence had not been subjected to sufficient analysis in the reasons for judgment. The convictions were quashed and a new trial ordered.

Held: The appeal should be allowed and the convictions restored.

The principles set out in *Sheppard* in relation to appellate intervention in a criminal case based on insufficiency of reasons were satisfied by the 17 pages of reasons given by the trial judge in this case. Identification was the only live issue at trial. The respondents were not left in doubt why the convictions were entered. The trial judge summarized the defence in terms to which no objection was taken and his reasons show that he came to grips with the principal issues defined by the defence. He accepted some of the identification evidence as credible and reliable and, showing himself alive to the major difficulties with the identification evidence, resolved those difficulties against the respondents.

The effort to establish the inadequacy of reasons as a freestanding ground of appeal in the context of a criminal case should be rejected. A more functional approach requires an appellant to show not only a deficiency in the reasons, but that such deficiency caused prejudice to the exercise of his right to an appeal. The test is whether the reasons performed their function of allowing an appeal court to review the correctness of the trial decision. Here, the functional test has been met. The identification evidence was somewhat confusing and contradictory, but the basis of the trial judge's acceptance of the evidence of the two main Crown witnesses is not in doubt. The majority of the Court of Appeal considered the conviction "unsafe", but that conclusion was driven more by the peculiarities of the facts than the alleged inadequacies of the trial reasons. A lurking doubt about an "unsafe" verdict is not sufficient to justify appellate intervention.

Cases Cited

Followed: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; **referred to:** *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.

d'un troisième témoin oculaire parce qu'il ne l'estimait pas fiable. La Cour d'appel, à la majorité, a jugé les déclarations de culpabilité imprudentes, parce que le tribunal n'avait pas examiné ni analysé les faiblesses et les incohérences de la preuve d'identification de façon assez approfondie dans les motifs du jugement. Elle a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Les motifs donnés par le juge du procès en l'espèce, qui comptent 17 pages, respectaient les principes énoncés dans *Sheppard* concernant l'intervention des tribunaux d'appel en matière criminelle pour cause d'insuffisance des motifs. L'identification était la seule question en litige à trancher en première instance. Les intimés n'ont pas été laissés dans le doute quant à la raison pour laquelle ils ont été déclarés coupables. Le juge du procès a résumé la défense en des termes qui n'ont pas été contestés et ses motifs démontrent qu'il avait bien saisi les principales questions définies par la défense. Il a jugé une partie de la preuve d'identification crédible et fiable et, conscient des principaux problèmes liés à la preuve d'identification, il les a résolus en défaveur des intimés.

Il faut repousser toute tentative de faire de l'insuffisance des motifs un moyen d'appel distinct dans le contexte du droit criminel. Une approche plus fonctionnelle oblige un appelant à démontrer non seulement que les motifs comportent des lacunes, mais également que ces lacunes lui ont causé un préjudice dans l'exercice de son droit d'appel. Le critère applicable consiste à savoir si les motifs jouent bien leur rôle, soit permettre à la cour d'appel d'apprécier la justesse de la décision de première instance. Il a été satisfait au critère fonctionnel en l'occurrence. La preuve d'identification était quelque peu déroutante et contradictoire, mais les éléments sur lesquels le juge du procès s'est fondé pour retenir les témoignages des deux principaux témoins du ministère public ne sont pas mis en doute. La Cour d'appel, à la majorité, a jugé la déclaration de culpabilité « imprudente », mais cette conclusion reposait plus sur les particularités propres aux faits que sur les insuffisances alléguées des motifs de première instance. Un doute persistant au sujet d'un verdict « imprudent » ne suffit pas pour justifier l'intervention d'un tribunal d'appel.

Jurisprudence

Arrêt suivi : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; **arrêts mentionnés :** *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (iii) [*idem*].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 467, 136 B.C.A.C. 76, 222 W.A.C. 76, [2000] B.C.J. No. 552 (QL), 2000 BCCA 184, supplementary reasons to dissenting reasons (2000), 145 C.C.C. (3d) 446, 140 B.C.A.C. 27, 229 W.A.C. 27, [2000] B.C.J. No. 1135 (QL), 2000 BCCA 361, setting aside convictions for manslaughter and aggravated assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

W. J. Scott Bell, for the appellant.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Nikos Harris*, for the respondent Ajmer Braich.

William B. Smart, Q.C., for the respondent Sukhminder Braich.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this case, a majority judgment of the British Columbia Court of Appeal reversed the conviction of the two respondents for manslaughter in the death of a bystander in a “drive-by shooting” and for aggravated assault on three other victims. The killing occurred during some Indo-Canadian games at Royal Kwantlen Park in Surrey, British Columbia. The trial was heard by a judge without a jury. While the appeal court acknowledged that there was evidence that supported the conviction, McEachern C.J.B.C. considered the conviction to be “unsafe” because the “frailties” of the identification evidence had not been subjected in the reasons for judgment to sufficient “judicial investigation or analysis”. This deficiency he found to be an error in law. The conviction was therefore quashed, Southin J.A. dissenting, and a new trial ordered.

This appeal thus raises the issue of the sufficiency of the trial judge’s reasons as a stand-alone ground

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (iii) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2000), 143 C.C.C. (3d) 467, 136 B.C.A.C. 76, 222 W.A.C. 76, [2000] B.C.J. No. 552 (QL), 2000 BCCA 184, avec motifs de dissidence supplémentaires (2000), 145 C.C.C. (3d) 446, 140 B.C.A.C. 27, 229 W.A.C. 27, [2000] B.C.J. No. 1135 (QL), 2000 BCCA 361, qui a annulé les déclarations de culpabilité pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

W. J. Scott Bell, pour l’appelante.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Nikos Harris*, pour l’intimé Ajmer Braich.

William B. Smart, c.r., pour l’intimé Sukhminder Braich.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Dans la présente affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a infirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable des deux intimés, accusés d’avoir abattu un badaud lors d’une « fusillade au volant d’une voiture », et de voies de fait graves relativement à trois autres victimes. La victime a été tuée pendant le déroulement de jeux indo-canadiens au Royal Kwantlen Park à Surrey, en Colombie-Britannique. Le procès a eu lieu devant un juge sans jury. Bien que la Cour d’appel ait reconnu qu’il existait des éléments de preuve à l’appui de la déclaration de culpabilité, le juge en chef McEachern a jugé cette décision [TRADUCTION] « imprudente » parce que le tribunal n’avait pas « examiné ni analysé » les « faiblesses » de la preuve d’identification de façon assez approfondie dans les motifs du jugement. Il a estimé que cette lacune constituait une erreur de droit. La déclaration de culpabilité a donc été annulée, madame le juge Southin étant dissidente, et la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée.

Le présent pourvoi soulève donc la question de savoir si l’insuffisance des motifs prononcés par le

of appeal, and provides a useful point of comparison with another appeal raising a similar issue, *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, released concurrently. In my view, with respect, there was no demonstrated error of law in this case and the Crown's appeal should be allowed.

I. Facts

3 The late Basant Singh Dhaliwal arrived from India to live in Canada with his parents about a month before he was shot and killed. He had been watching a volleyball tournament with a collection of new friends. After the games a group of about 15 individuals were standing around socializing.

4 A van, allegedly owned and driven by the respondent, Sukhminder Braich, approached the group shortly after 5 p.m. with its side door open. When it drew abreast, a burst of gun fire, variously estimated at between "a few" to 12 seconds in duration swept the victim group, shooting on a low trajectory into the ground. Basant Singh Dhaliwal, who happened to be kneeling, was killed instantly. Three companions, Ajaib Biln, Amarjit Tatla and Jarnail Dhaliwal, were wounded in the legs. Tatla's thumb was also hit. It was alleged that the respondent Ajmer Braich was the shooter. The van then sped away. Sukhminder Braich's van was found in a Safeway parking lot, freshly cleaned inside and out, a few days later. It had not been reported stolen. The two respondents are brothers.

5 The only alleged motive for the shooting was a scuffle a week previously between the alleged shooter, Ajmer Braich, and his circle of friends with Jarnail Dhaliwal, one of the victims, and his circle of friends in the Rotary Stadium area in Mission, B.C. Witnesses testified that Jarnail Dhaliwal had slapped Ajmer Braich with an open hand. The trial judge commented that "[t]he scuffle resulted in some torn shirts, hurt feelings, no apparent injuries." The participants on each occasion were largely acquainted with each other, and there was no evidence of

juge du procès constitue un moyen d'appel distinct, et il fournit un élément utile de comparaison avec un autre arrêt rendu simultanément, *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, qui soulève une question analogue. À mon humble avis, aucune erreur de droit n'a été établie en l'espèce et il y a lieu d'accueillir le pourvoi du ministère public.

I. Les faits

Feu Basant Singh Dhaliwal est arrivé de l'Inde environ un mois avant sa mort pour vivre au Canada avec ses parents. Il venait d'assister à un tournoi de volley-ball avec un groupe de nouveaux amis. À la fin des matchs, une quinzaine de personnes sont restées à bavarder.

Une fourgonnette, dont l'intimé, Sukhminder Braich, aurait été le propriétaire et le conducteur, s'est approchée du groupe peu après 17 h, la portière latérale ouverte. Lorsque la fourgonnette est arrivée à la hauteur du groupe, une rafale de coups de feu a balayé le groupe victime pendant un moment dont la durée estimée varie entre « quelques » secondes et 12 secondes. Les balles ont été tirées à faible hauteur, en direction du sol. Basant Singh Dhaliwal, qui était à genoux, a été tué sur le coup. Trois de ses compagnons, Ajaib Biln, Amarjit Tatla et Jarnail Dhaliwal, ont été blessés aux jambes. Amarjit Tatla a également été atteint au pouce. On a allégué que le tireur était l'intimé Ajmer Braich. La fourgonnette est ensuite repartie à toute vitesse. Quelques jours plus tard, la fourgonnette de Sukhminder Braich a été retrouvée dans le stationnement d'un Safeway, fraîchement nettoyée à l'intérieur et à l'extérieur. Personne n'en avait signalé le vol. Les deux intimés sont des frères.

Le seul motif allégué de la fusillade était une bagarre survenue une semaine auparavant aux environs du Rotary Stadium à Mission, en Colombie-Britannique, entre, d'une part, le tireur présumé, Ajmer Braich, et son groupe d'amis et, d'autre part, Jarnail Dhaliwal, l'une des victimes, et son groupe d'amis. Des témoins ont raconté que Jarnail Dhaliwal avait frappé Ajmer Braich du plat de la main. Le juge du procès a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]a bagarre s'est soldée par des chemises déchirées, des amours-propres écorchés,

previous bad blood. The motive for the respondents to kill members of the victim group was, accordingly, rather weak.

A. *The Identification Evidence*

The respondents were convicted primarily, if not exclusively, on the basis of eyewitness identification.

In oral reasons for judgment, the trial judge accepted the evidence of Jarnail Dhaliwal (who, as stated, had delivered the slap) that Sukhminder Braich was the driver of the van. He had known Sukhminder Braich for about 10 to 12 years and was looking directly at the slow-moving van when he was shot. The trial judge also accepted the evidence of Sher Braich, who was described as a “leader of the victim group”, that Sukhminder Braich was the driver and Ajmer Braich was the shooter. With respect to the evidence of Jarnail Dhaliwal and Sher Braich, the trial judge found:

Both of these men had an absolutely clear view on a clear day and, even in a brief span of time with a van moving very slowly past them, they were both very familiar with both of these defendants and I have no doubt, therefore, that their identification is the truth.

A third eyewitness, Samshir Uppal, also purported to identify the shooter, but his evidence was rejected because of prior inconsistent statements to a newspaper that “we never even seen those people”. The trial judge found some of the other evidence from members of the victim group to be similarly unreliable.

Neither respondent testified at trial.

The next-door neighbour of Sukhminder Braich observed him driving his van, a two-tone GMC

mais sans blessures apparentes. » Les protagonistes de chacun des incidents se connaissaient très bien et aucune preuve n’a établi l’existence d’une animosité antérieure entre eux. Le mobile qui aurait poussé les intimés à tuer des membres du groupe visé était donc plutôt ténu.

A. *La preuve d’identification*

La déclaration de culpabilité des intimés reposait principalement, voire exclusivement, sur la déposition de témoins oculaires.

Dans les motifs de son jugement, prononcés oralement à l’audience, le juge du procès a retenu le témoignage de Jarnail Dhaliwal (qui avait frappé Ajmer Braich lors de la bagarre susmentionnée) selon lequel Sukhminder Braich conduisait la fourgonnette. Il connaissait Sukhminder Braich depuis environ 10 à 12 ans et il regardait directement la fourgonnette qui avançait lentement lorsqu’il a été touché. Le juge du procès a également retenu le témoignage de Sher Braich, décrit comme un [TRADUCTION] « leader du groupe victime », qui a dit que Sukhminder Braich était le conducteur et Ajmer Braich, le tireur. À propos des témoignages de Jarnail Dhaliwal et de Sher Braich, le juge du procès a conclu :

[TRADUCTION] Ces deux hommes avaient une vue très nette, le temps était clair et, malgré la brièveté de l’instant pendant lequel la fourgonnette a passé lentement près d’eux, ils connaissaient très bien les deux défendeurs; et je ne doute donc aucunement de la véracité de leur identification.

Un troisième témoin oculaire, Samshir Uppal, a également prétendu identifier le tireur, mais sa déposition a été rejetée à cause de déclarations antérieures incompatibles qu’il avait faites à un journal, selon lesquelles ils n’avaient [TRADUCTION] « même jamais vu ces gens-là ». Le juge du procès a conclu que certains autres éléments de preuve émanant de membres du groupe victime n’étaient pas non plus dignes de foi.

Ni l’un ni l’autre des intimés n’a témoigné lors du procès.

Le voisin de Sukhminder Braich a vu ce dernier au volant de sa fourgonnette, une mini-

6

7

8

9

10

minivan, licence FHX-769, between 1:30 p.m. and 2 p.m. the day of the shooting. Witnesses variously described the last three digits of the shooting van as 769, 789 or 679.

fourgonnette deux couleurs de marque GMC immatriculée FHX-769, entre 13 h 30 et 14 h le jour de la fusillade. Les témoignages divergent quant aux trois derniers chiffres du numéro d'immatriculation de la fourgonnette d'où les coups de feu ont été tirés; ce seraient, selon les témoins, 769, 789 ou 679.

11 With respect to the identification evidence accepted by the trial judge, McEachern C.J.B.C. said that

En ce qui concerne la preuve d'identification retenue par le juge du procès, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique a dit :

I have carefully examined the evidence, and I have reweighed it to some extent. In view of the very positive identifications made by the two key Crown witnesses, it cannot be said that there is not some evidence that supports the judge's verdict. I cannot say that upon a proper consideration of all of the evidence, no properly instructed jury, acting reasonably, could convict.

[TRADUCTION] . . . j'ai examiné attentivement la preuve, et je l'ai évaluée de nouveau jusqu'à un certain point. Compte tenu des identifications formelles par les deux témoins clés du ministère public, on ne saurait nier qu'il existe une preuve à l'appui du verdict du juge. Je ne peux affirmer qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière raisonnable ne pourrait, après avoir examiné convenablement l'ensemble de la preuve, rendre un verdict de culpabilité.

((2000), 143 C.C.C. (3d) 467, 2000 BCCA 184, at para. 52)

((2000), 143 C.C.C. (3d) 467, 2000 BCCA 184, par. 52)

12 The trial judge, noting the low trajectory of the line of fire, concluded that the respondents lacked the *mens rea* for murder. They were accordingly convicted of manslaughter. They were also convicted of aggravated assault in relation to the other victims rather than attempted murder. They were each sentenced to nine years in jail on the manslaughter count, with lesser sentences on the convictions for the non-fatal shootings to run concurrently.

Soulignant la faible hauteur du tir, le juge du procès a conclu que les intimés n'avaient pas eu l'intention coupable requise pour commettre un meurtre. Il les a donc déclarés coupables d'homicide involontaire coupable. Il les a aussi déclarés coupables de voies de fait graves, plutôt que de tentative de meurtre, relativement aux victimes qui ont survécu. Il a condamné chacun des intimés à neuf ans d'emprisonnement pour homicide involontaire coupable et il leur a infligé des peines moins sévères à purger concurremment relativement aux coups de feu qui avaient atteint les autres victimes sans les tuer.

B. Appellate Misgivings About the Identification Evidence

B. Les réserves de la Cour d'appel relativement à la preuve d'identification

13 The majority judgment of the Court of Appeal reversed the trial judge because while the latter had "*mentioned* some of the troublesome matters, he did not seem to consider them to be of much, or any, significance" (para. 50 (emphasis in original)). The troublesome matters included:

Le jugement majoritaire de la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès parce que, bien qu'il ait [TRADUCTION] « *mentionné* la présence de certains éléments problématiques, il ne leur a pas accordé beaucoup d'importance, voire aucune » (par. 50 (en italique dans l'original)). Voici en quoi consistaient notamment ces éléments problématiques :

1. The possibility of collusion: The trial judge noted the possibility of collusion within the victim group regarding the eyewitness identification, but in the end, according to McEachern C.J.B.C., this possibility “seems not to have been given any significance”.

2. Frailties in the eyewitness identification: The trial judge mentioned but did not include in his oral reasons a “thorough examination” of some of the frailties in the testimony of the identification witnesses. “Those matters”, said McEachern C.J.B.C., “cried out not just for judicial mention but also for judicial examination and adjudication” (para. 54). Other frailties, not specifically mentioned by the trial judge, included the fact that Sher Braich had wrongly implicated another brother of the accused, Major Braich, in the shooting party; and that Jarnail Dhaliwal, having been unable to identify the shooter to the police, attempted at trial a “dubious identification of Ajmer Braich” as the shooter. In this connection, the trial judge commented, “[t]he opportunity to include Ajmer Braich as the shooter after a possible discussion with Sher Braich cannot be overlooked”. The trial judge noted that successive statements of the two main Crown witnesses to the police had exhibited some omissions and variations but he nonetheless accepted the credibility of their identification of the respondents “beyond a reasonable doubt”. McEachern C.J.B.C. also worried that the purported identification evidence by another member of the victim group, Samshir Uppal, had been altogether rejected without apparent impact “on the credibility of other witnesses in his group”.

3. Untruths about alcohol consumption: The trial judge expressed concern that members of the victim group had sought to cover up their alcohol consumption on the day of the shooting, fearing that it would undermine their credibility. Alcoholic consumption

1. La possibilité de collusion. Le juge du procès a souligné qu’il était possible qu’il y ait eu collusion entre les membres du groupe victime concernant la preuve d’identification par témoin oculaire. Toutefois, au bout du compte, selon le juge en chef McEachern, [TRADUCTION] « aucune importance ne semble avoir été accordée » à cette possibilité.

2. Les faiblesses de la preuve d’identification par témoin oculaire. Dans ses motifs prononcés oralement à l’audience, le juge du procès a mentionné certaines faiblesses dans les dépositions sur lesquelles reposait la preuve d’identification, sans toutefois les « examiner en profondeur ». Selon le juge en chef McEachern, [TRADUCTION] « [c]es éléments commandaient non seulement que le tribunal les mentionne mais également qu’il les examine et qu’il se prononce à leur égard » (par. 54). Parmi les autres faiblesses, que le juge du procès n’a pas mentionnées spécifiquement, notons que Sher Braich avait faussement impliqué un autre frère des accusés, Major Braich, dans la fusillade et que Jarnail Dhaliwal, qui n’avait pas été en mesure d’indiquer l’identité du tireur à la police, a tenté de fournir lors du procès une [TRADUCTION] « identification douteuse d’Ajmer Braich » comme le tireur. À cet égard, le juge du procès a fait observer qu’on [TRADUCTION] « ne saurait ignorer que l’occasion s’est présentée d’ajouter Ajmer Braich comme le tireur après un éventuel entretien avec Sher Braich ». Le juge du procès a fait observer que les déclarations successives des deux principaux témoins du ministère public à la police comportaient certaines omissions et différences, mais il a néanmoins jugé leur identification des intimés crédible « hors de tout doute raisonnable ». Le juge en chef McEachern a également trouvé inquiétant que la tentative d’identification par un autre membre du groupe victime, Samshir Uppal, ait été rejetée d’emblée, sans incidence apparente [TRADUCTION] « sur la crédibilité des autres témoins de son groupe ».

3. Les inexactitudes concernant la consommation d’alcool. Le juge du procès s’est dit préoccupé du fait que des membres du groupe victime avaient tenté de camoufler leur consommation d’alcool le jour de la fusillade, de crainte que cela mine leur

had been admitted by some of the witnesses in the victim group in prior statements to the police.

4. Lack of consistency: The trial judge found that Sher Braich had been “consistent” in his evidence, but McEachern C.J.B.C. said he “was not consistent except with respect to his positive identification of the two [respondents]” (para. 34).

14 Of these four areas of concern, the most significant was the possibility of collusion. The trial judge acknowledged that that possibility existed, and that there was both the opportunity and some contemporaneous evidence (e.g., the evolving police statements) to support the allegation.

C. *Other Appellate Misgivings*

15 McEachern C.J.B.C. supported his view that the trial decision was “unsafe” by other items of evidence. The call to 911 following the shooting was recorded at 5:30 p.m. Wazir Gill (a relative of the respondents) testified that Sukhminder Braich was at home around 3:30 p.m. that day, and was seen later that night driving a different vehicle. However, assuming this to be true, this still left enough time for Sukhminder Braich and his van to get to Royal Kwantlen Park by 5 p.m.

16 McEachern C.J.B.C. also thought the trial judge may have been improperly influenced by the subsequent discovery of the freshly cleaned van. Although the trial judge made no specific finding on this point, McEachern C.J.B.C. clearly felt the “disposition” could not be taken as consciousness of guilt because there was no evidence linking either respondent to what was done. “There was no evidence implicating either [respondent] on that issue” (para. 26). Southin J.A., dissenting, did not share this worry (at para. 72): “who has ever heard of a thief cleaning the vehicle he stole, as this vehicle was cleaned?”

crédibilité. Certains témoins provenant du groupe victime avaient admis, dans des déclarations antérieures à la police, avoir consommé de l’alcool.

4. Le manque de cohérence. Le juge du procès a estimé que le témoignage de Sher Braich était [TRADUCTION] « cohérent », mais le juge en chef McEachern a dit qu’il [TRADUCTION] « n’avait pas été cohérent sauf en ce qui concerne l’identification formelle des deux [intimés] » (par. 34).

De ces quatre sources de préoccupation, la plus importante était la possibilité de collusion. Le juge du procès a reconnu que cette possibilité existait, que l’occasion s’était présentée et que certains éléments de preuve concomitants (p. ex., les déclarations changeantes faites à la police) étayaient cette allégation.

C. *Les autres réserves de la Cour d’appel*

L’opinion du juge en chef McEachern, selon laquelle la décision du juge du procès était « imprudente », reposait sur d’autres éléments de preuve. L’appel fait au 911 après la fusillade a été enregistré à 17 h 30. Wazir Gill (un parent des intimés) a témoigné que Sukhminder Braich était chez lui vers 15 h 30 cette journée-là, et qu’il l’avait vu conduire un véhicule différent plus tard en soirée. Toutefois, à supposer que ces faits soient vrais, Sukhminder Braich avait encore le temps de se rendre avec sa fourgonnette au Royal Kwantlen Park vers 17 h.

Le juge en chef McEachern était également d’avis que le juge du procès avait pu être influencé à tort par la découverte subséquente de la fourgonnette fraîchement nettoyée. Même si le juge du procès ne s’est pas prononcé spécifiquement sur cette question, le juge en chef McEachern était clairement d’avis qu’on ne pouvait déduire de ce qui était advenu de la fourgonnette que les intimés se savaient coupables, puisque aucune preuve n’établissait un lien entre l’un ou l’autre des intimés et ce qui était advenu de la fourgonnette. [TRADUCTION] « Aucune preuve n’impliquait l’un ou l’autre des [intimés] sur cette question » (par. 26). Madame le juge Southin, dissidente, ne partageait pas ce doute (au par. 72) : [TRADUCTION] « A-t-on déjà entendu parler d’un voleur qui nettoie le véhicule qu’il a volé aussi bien que celui-ci l’a été? »

D. *The Alleged Error of Law*

While acknowledging that this was not a case of “unreasonable verdict” within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, McEachern C.J.B.C. was sceptical and worried about the identification evidence. He concluded (at para. 23) that the trial judge had passed too lightly over the difficulties presented by the case:

Moreover, at no time did the trial judge discuss the usual principles relating to identification evidence or to the importance the law places upon frailties in such evidence in order to avoid the well-understood risks of injustice caused by an accidentally or deliberately incorrect identification. These principles are so well known that I do not propose to describe them. It is, however, disturbing to note that in the circumstances of this case the trial judge did not at least identify the principal frailties, particularly those found in the evidence of Sher Braich and Jarnail Dhaliwal upon whose evidence the trial judge relied so heavily.

Southin J.A., dissenting, was not troubled by the content of the trial reasons and considered that “[i]f the Court were empowered to find a verdict ‘unsafe’, which the Court is not, I would also say that this verdict is safe” (para. 73).

II. Analysis

In the companion case of *Sheppard*, *supra*, I suggested that a review of the case law in this Court yielded a number of propositions in relation to appellate intervention in a criminal case based on insufficiency of reasons. It is convenient to repeat those propositions here and to apply them to the present appeal.

1. *The delivery of reasoned decisions is inherent in the judge’s role. It is part of his or her accountability for the discharge of the responsibilities of the office. In its most general sense, the obligation to provide reasons for a decision is owed to the public at large.*

D. *L’erreur de droit alléguée*

Tout en reconnaissant qu’il ne s’agissait pas d’un cas de « verdict déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le juge en chef McEachern a clairement exprimé son scepticisme et sa préoccupation au sujet de la preuve d’identification. Il a conclu, au par. 23, que le juge du procès ne s’était pas suffisamment attardé aux difficultés que l’affaire présentait :

[TRADUCTION] En outre, le juge du procès n’a, à aucun moment, analysé les principes qui sont habituellement reliés à la preuve d’identification ou à l’importance que le droit accorde aux faiblesses dans ce genre de preuve, afin d’éviter les risques bien connus d’injustice susceptibles de découler d’une erreur d’identification fortuite ou volontaire. Ces principes sont si bien connus qu’il ne convient pas de les décrire. Toutefois, il est inquiétant de remarquer qu’en l’espèce, le juge du procès n’a pas à tout le moins discerné les principales faiblesses, particulièrement celles que comportent les témoignages de Sher Braich et de Jarnail Dhaliwal, sur lesquels le juge du procès s’est aussi fortement appuyé.

La teneur des motifs du juge du procès n’a pas ébranlé madame le juge Southin, dissidente, qui a estimé que [TRADUCTION] « [s]i la cour avait le pouvoir, qu’elle ne possède pas, de conclure qu’un verdict est “imprudent”, je dirais également que ce verdict est prudent » (par. 73).

II. Analyse

Dans l’arrêt connexe *Sheppard*, précité, j’ai indiqué qu’une analyse de la jurisprudence de notre Cour permettait de dégager plusieurs propositions en ce qui concerne l’intervention des tribunaux d’appel en matière criminelle pour cause d’insuffisance des motifs. Il convient de les répéter ici et de les appliquer au présent pourvoi :

1. *Prononcer des décisions motivées fait partie intégrante du rôle du juge. Cette fonction est une composante de son obligation de rendre compte de la façon dont il s’acquitte de sa charge. Dans son sens le plus général, c’est en faveur du public qu’est établie l’obligation de motiver une décision.*

17

18

19

20

The trial commenced on November 16, 1998. There were eight days of evidence followed by closing submissions on November 30, 1998. The trial judge delivered oral reasons that cover 17 pages of transcript. There was no doubt that the death of one victim and the bodily injuries of other members of the “victim group” were unlawful. The only live issue in the case was identification. Apart from a few introductory and concluding remarks, that was the focus of the trial judge’s reasons. It cannot be seriously suggested that there was no reasoned decision in this case. There is no doubt what the trial judge decided and how he reached his decision, as hereinafter discussed.

2. *An accused person should not be left in doubt about why a conviction has been entered. Reasons for judgment may be important to clarify the basis for the conviction but, on the other hand, the basis may be clear from the record. The question is whether, in all the circumstances, the functional need to know has been met.*

21

The respondents here do not suggest they did not know why the conviction was entered. Their position is that the trial judge ought not to have accepted the evidence of Sher Braich and Jarnail Dhaliwal on the identification issues because of the frailties and inconsistencies mentioned above. Their posture is not one of feigned ignorance but of informed disagreement with the trial judge.

3. *The lawyers for the parties may require reasons to assist them in considering and advising with respect to a potential appeal. On the other hand, they may know all that is required to be known for that purpose on the basis of the rest of the record.*

22

Counsel for the accused respondents did not suggest that they encountered difficulties in formulating grounds of appeal attributable to the trial judge’s

Le procès a commencé le 16 novembre 1998. La présentation de la preuve a duré huit jours, faisant place aux arguments finals le 30 novembre 1998. Le juge du procès a prononcé oralement des motifs qui comptent 17 pages dans la transcription. Il ne faisait aucun doute que le décès d’une des victimes et les blessures corporelles des autres membres du « groupe victime » résultaient d’actes illégaux. La seule question qui restait à trancher portait sur l’identification. Hormis quelques remarques préliminaires et une conclusion, cette question a constitué le thème central des motifs du juge du procès. On ne peut donc sérieusement prétendre à l’absence d’une décision motivée en l’espèce. La teneur de la décision du juge du procès et la démarche qu’il a adoptée pour y parvenir ne font aucun doute, comme nous le verrons ci-après.

2. *Il ne faut pas laisser l’accusé dans le doute quant à la raison pour laquelle il a été déclaré coupable. Il peut être important d’exprimer les motifs du jugement pour clarifier le fondement de la déclaration de culpabilité, mais il se peut que ce fondement ressorte clairement du dossier. Il s’agit de savoir si, eu égard à l’ensemble des circonstances, le besoin fonctionnel d’être informé a été comblé.*

Les intimés ne prétendent pas qu’ils ne savaient pas pourquoi le juge les a déclarés coupables. Ils font plutôt valoir que le juge du procès n’aurait pas dû retenir les témoignages de Sher Braich et de Jarnail Dhaliwal sur les questions relatives à l’identification, à cause des faiblesses et des incompatibilités mentionnées précédemment. Leur position ne repose pas sur une ignorance feinte, mais sur leur désaccord éclairé avec le juge de première instance.

3. *Il se peut que les motifs s’avèrent essentiels aux avocats des parties pour les aider à évaluer l’opportunité d’interjeter appel et à conseiller leurs clients à cet égard. Par contre, il est possible que les autres éléments du dossier leur apprennent tout ce qu’ils doivent savoir à cette fin.*

Les avocats des intimés n’ont pas laissé entendre qu’ils avaient eu de la difficulté à formuler les moyens d’appel à cause des motifs de jugement du

reasons for judgment. Their complaint is that the trial judge did not demonstrate in his reasons sufficient sensitivity to all the factors which the respondents consider to be important.

Non-existent or inadequate reasons with respect to credibility may justify appellate intervention: *R. v. R. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 291, and *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474. The allegation here is that the trial judge's finding of credibility in favour of the two principal Crown identification witnesses was wrong and the inadequacy of his reasons camouflaged the error.

The respondents had no difficulty in formulating an arguable (albeit, in my view, ultimately unpersuasive) ground of appeal on the facts of the case. Any alleged deficiencies in the reasons were no impediment at that stage of the proceedings.

4. *The statutory right of appeal, being directed to a conviction (or, in the case of the Crown, to a judgment or verdict of acquittal) rather than to the reasons for that result, not every failure or deficiency in the reasons provides a ground of appeal.*

The trial judge summarized the respondents' defence with admirable brevity in terms to which they take no objection:

It is the theory of both the defendants that the eye-witness identification is seriously flawed. One, the identification is based on assumption. "It must have been the Braich brothers, who else?" Inconsistencies between the statements given to the police shortly thereafter and subsequent changes in buttressing and additions to their evidence should lead to an inference that the witnesses, by discussion with each other, have tainted and colluded to implicate the persons they believe were involved in the crime. And last but not least, it is the theory of the defendants that the eye-witnesses are untruthful and should not be believed.

jugé du procès. Ils reprochent plutôt à ce dernier de ne pas avoir démontré dans ses motifs qu'il avait tenu suffisamment compte de tous les facteurs que les intimés considèrent importants.

L'absence de motifs ou leur insuffisance en ce qui concerne la crédibilité peut justifier l'intervention de la cour d'appel : *R. c. R. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 291, et *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474. On allègue en l'espèce que le juge du procès a commis une erreur en concluant que les dépositions des deux principaux témoins du ministère public sur la preuve d'identification étaient crédibles et que l'insuffisance des motifs du juge a camouflé cette erreur.

Les intimés n'ont eu aucun mal à formuler un moyen d'appel défendable (quoique non convaincant, en bout de ligne, selon moi) à partir des faits de l'espèce. Les lacunes alléguées des motifs ne constituaient pas un obstacle à cette étape de la procédure.

4. *Comme le droit d'appel conféré par la loi s'applique à la déclaration de culpabilité (ou, dans le cas du ministère public, au jugement ou au verdict d'acquiescement) plutôt qu'aux motifs, chaque omission ou lacune dans l'exposé des motifs ne constituera pas nécessairement un moyen d'appel.*

Le juge du procès a résumé la défense des intimés en des termes admirablement concis qui n'ont pas été contestés :

[TRADUCTION] La thèse des deux défendeurs veut que l'identification par les témoins oculaires comporte de graves lacunes. En premier lieu, l'identification est fondée sur une supposition. « Il ne peut s'agir que des frères Braich, de qui d'autre? » Les déclarations incompatibles faites à la police peu de temps après, les modifications apportées ultérieurement pour renforcer la preuve, ainsi que les éléments rajoutés à leurs témoignages devraient mener à la conclusion que les témoins, après avoir parlé les uns avec les autres, ont vu leur témoignage faussé et ont fait collusion afin d'impliquer les personnes qui, selon eux, avaient joué un rôle dans la perpétration du crime. En dernier lieu, mais non de la dernière importance, les deux défendeurs font valoir que les témoins oculaires n'ont pas dit la vérité et qu'il ne faudrait pas les croire.

23

24

25

Enough was said in the trial judge's reasons to show that he came to grips with the issues thus defined by the defence. His decision ought not to be reversed simply because he did not advert to all of the secondary or collateral circumstances that the respondents say had a bearing on the main issue.

26 There is no doubt about the basis of his decision. He considered Sher Braich to have been clear and consistent throughout his statements to the police and his trial evidence in identifying Sukhminder Braich as the driver and Ajmer Braich as the shooter. He had known both of them for 10 to 15 years. The trial judge accepted his identification as both credible and reliable. The trial judge was alive to the possibility of collusion but in the end simply rejected it.

27 MacEachern C.J.B.C. said that Sher Braich "was not consistent except with respect to his positive identification of the two [respondents]" (para. 34) but, with respect, that was *the* critical issue on which the trial judge did accept his testimony.

28 Jarnail Dhaliwal had known both respondents for at least 10 years. He identified Sukhminder Braich as the driver of the van and Ajmer Braich as the person doing the shooting. The trial judge noted that in a previous statement, Jarnail Dhaliwal had told the police he did not know who was in the back of the van (i.e., the shooter). That prior inconsistency and the fact that he discussed the shooting with others prior to talking to the police led the trial judge to reject his identification of Ajmer Braich as the person who did the shooting. On the other hand, with respect to Jarnail Dhaliwal's identification of the driver as Sukhminder Braich, the trial judge found him to be consistent and credible.

29 The trial reasons flag the difficulties with the identification evidence, albeit the discussion is succinct. In the end, the trial judge resolved the difficulties against the respondents beyond, as he said, any reasonable doubt. If the finding on identifica-

Le juge en a dit assez dans ses motifs pour démontrer qu'il avait bien saisi les questions ainsi définies par la défense. Il ne convenait pas d'infirmer sa décision simplement parce qu'il n'avait pas fait allusion à toutes les circonstances secondaires ou accessoires qui, selon les intimés, avaient une incidence sur la question principale.

Aucun doute ne subsiste quant au fondement de sa décision. Il a jugé que les déclarations faites par Sher Braich à la police et son témoignage au procès étaient clairs et cohérents en ce qui concernait l'identification de Sukhminder Braich comme conducteur et d'Ajmer Braich comme tireur. Sher Braich les connaissait tous deux depuis 10 ou 15 ans. Le juge du procès a jugé son identification crédible et fiable. Il était conscient de la possibilité de collusion, mais il l'a tout simplement rejetée en bout de ligne.

Le juge en chef McEachern a affirmé que Sher Braich [TRADUCTION] « n'avait pas été cohérent sauf en ce qui concerne l'identification formelle des deux [intimés] » (par. 34) mais, à mon humble avis, il s'agit de *la* question cruciale sur laquelle le juge du procès a retenu son témoignage.

Jarnail Dhaliwal connaissait les deux intimés depuis au moins 10 ans. Il a identifié Sukhminder Braich comme le conducteur de la fourgonnette et Ajmer Braich comme la personne qui a tiré les coups de feu. Le juge du procès a fait remarquer que Jarnail Dhaliwal avait, dans une déclaration antérieure, dit à la police qu'il ne savait pas qui se trouvait à l'arrière du véhicule (c'est-à-dire qui était le tireur). Cette incompatibilité antérieure et le fait qu'il a parlé de la fusillade avec d'autres personnes avant d'en parler à la police, a amené le juge à rejeter son identification d'Ajmer Braich comme la personne qui avait tiré. Par contre, quant à l'identification de Sukhminder Braich comme conducteur par Jarnail Dhaliwal, le juge du procès l'a estimé cohérente et crédible.

Les motifs de première instance mettent en relief les difficultés relatives à la preuve d'identification, même s'il en est question succinctement. En définitive, le juge du procès a résolu les difficultés en défaveur des intimés, hors de tout doute

tion is to be reversed in these circumstances, it must be shown that the 17-page discussion precludes proper appellate review of the correctness of the trial judge's decision.

5. *Reasons perform an important function in the appellate process. Where the functional needs are not satisfied, the appellate court may conclude that it is a case of unreasonable verdict, an error of law, or a miscarriage of justice within the scope of s. 686(1)(a) of the Criminal Code, depending on the circumstances of the case and the nature and importance of the trial decision being rendered.*

McEachern C.J.B.C. concluded that this was not a case of “unreasonable verdict” within the scope of s. 686(1)(a)(i). I agree with that conclusion. Nor is it alleged that the respondents suffered a miscarriage of justice within the meaning of the cases under s. 686(1)(a)(iii). The issue is whether the alleged insufficiency in the trial judge's reasons amounted to an error of law.

The general principle affirmed in *Sheppard* is that “the effort to establish the absence or inadequacy of reasons as a freestanding ground of appeal should be rejected. A more contextual approach is required. The appellant must show not only that there is a deficiency in the reasons, but that this deficiency has occasioned prejudice to the exercise of his or her legal right to an appeal in a criminal case” (para. 33). The test, in other words, is whether the reasons adequately perform *the function* for which they are required, namely to allow the appeal court to review the correctness of the trial decision. The *Sheppard* decision goes on to say at para. 46:

These cases make it clear, I think, that the duty to give reasons, where it exists, arises out of the circumstances of a particular case. Where it is plain from the record why an accused has been convicted or acquitted, and the absence or inadequacy of reasons provides no significant impediment to the exercise of the right of appeal, the appeal court will not on that account intervene. On the other hand, where the path taken by the trial judge

raisonnable, pour reprendre ses propos. Si la conclusion sur l'identification doit être annulée dans les circonstances, il faut démontrer que le débat qui compte 17 pages fait obstacle à un examen convenable en appel de la justesse de la décision du juge de première instance.

5. *L'exposé des motifs joue un rôle important dans le processus d'appel. Lorsque les besoins fonctionnels ne sont pas comblés, la cour d'appel peut conclure qu'il s'agit d'un cas de verdict déraisonnable, d'une erreur de droit ou d'une erreur judiciaire qui relèvent de l'al. 686(1)a) du Code criminel, suivant les circonstances de l'affaire, et suivant la nature et l'importance de la décision rendue en première instance.*

Le juge en chef McEachern a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un cas de « verdict déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)a)(i). Je suis du même avis. Il n'est pas allégué non plus que les intimés ont fait l'objet d'une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)a)(iii). La question à trancher consiste donc à déterminer si l'insuffisance alléguée des motifs du juge de première instance équivaut à une erreur de droit.

Le principe général confirmé dans *Sheppard* est le suivant : « il faut repousser toute tentative de faire de l'absence de motifs ou de leur insuffisance un moyen d'appel distinct. Une approche plus contextuelle s'impose. L'appelante doit établir non seulement que les motifs comportent des lacunes, mais également que ces lacunes lui ont causé un préjudice dans l'exercice du droit d'appel que lui confère la loi en matière criminelle » (par. 33). En d'autres termes, le critère applicable consiste à savoir si les motifs jouent bien *le rôle* qui constitue leur raison d'être, soit permettre à la cour d'appel d'apprécier la justesse de la décision de première instance. L'arrêt *Sheppard* dit en outre, au par. 46 :

J'estime que ces affaires montrent clairement que l'obligation de donner des motifs, lorsqu'elle existe, découle des circonstances d'une affaire donnée. Lorsque la raison pour laquelle un accusé a été déclaré coupable ou acquitté ressort clairement du dossier, et que l'absence de motifs ou leur insuffisance ne constitue pas un obstacle important à l'exercice du droit d'appel, le tribunal d'appel n'interviendra pas. Par contre,

30

31

through confused or conflicting evidence is not at all apparent, or there are difficult issues of law that need to be confronted but which the trial judge has circumnavigated without explanation, or where (as here) there are conflicting theories for why the trial judge might have decided as he or she did, at least some of which would clearly constitute reversible error, the appeal court may in some cases consider itself unable to give effect to the statutory right of appeal. In such a case, one or other of the parties may question the correctness of the result, but will wrongly have been deprived by the absence or inadequacy of reasons of the opportunity to have the trial verdict *properly* scrutinized on appeal. In such a case, even if the record discloses evidence that on one view could support a reasonable verdict, the deficiencies in the reasons may amount to an error of law and justify appellate intervention. It will be for the appeal court to determine whether, in a particular case, the deficiency in the reasons precludes it from properly carrying out its appellate function. [Emphasis in original.]

32 I proceed then, to look at the circumstances here to determine whether the functional test has been met.

6. *Reasons acquire particular importance when a trial judge is called upon to address troublesome principles of unsettled law, or to resolve confused and contradictory evidence on a key issue, unless the basis of the trial judge's conclusion is apparent from the record, even without being articulated.*

33 McEachern C.J.B.C. himself observed in the course of his reasons that the principles relating to identification evidence and “the importance the law places upon frailties in such evidence in order to avoid the well-understood risks of injustice caused by an accidentally or deliberately incorrect identification . . . are so well known that I do not propose to describe them” (para. 23). As the Court of Appeal thought it superfluous to discuss the applicable law, it was prepared to extend the same dispensation to the trial judge. McEachern C.J.B.C.’s point was not that the trial reasons disclosed error, or that the trial judge’s silence on some points necessarily concealed error. His point

lorsque le raisonnement qu’a suivi le juge du procès pour démêler des éléments de preuve embrouillés ou litigieux n’est pas du tout évident ou lorsque des questions de droit épineuses requièrent un examen, mais que le juge du procès les a contournées sans explication, ou encore lorsque (comme en l’espèce) on peut donner de la décision du juge du procès des explications contradictoires dont au moins certaines constitueraient manifestement une erreur en justifiant l’annulation, le tribunal d’appel peut, dans certains cas, s’estimer incapable de donner effet au droit d’appel prévu par la loi. Alors, l’une ou l’autre des parties pourra douter de la justesse du résultat, mais l’absence de motifs ou leur insuffisance l’aura à tort privée de la possibilité d’obtenir un examen *convenable* en appel du verdict prononcé en première instance. En pareil cas, même si le dossier révèle des éléments de preuve qui, d’une certaine manière, pourraient appuyer un verdict raisonnable, les lacunes des motifs peuvent équivaloir à une erreur de droit et fonder l’intervention d’un tribunal d’appel. Il appartiendra à la cour d’appel de décider si, dans un cas donné, les lacunes des motifs l’empêchent de s’acquitter convenablement de ses fonctions en appel. [En italique dans l’original.]

J’examinerai maintenant les circonstances de l’espèce pour déterminer s’il est satisfait au critère fonctionnel.

6. *Les motifs revêtent une importance particulière lorsque le juge doit se prononcer sur des principes de droit qui posent problème et ne sont pas encore bien établis, ou démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé, à moins que le fondement de la conclusion du juge de première instance ressorte du dossier, même sans être précisé.*

Le juge en chef McEachern a lui-même fait remarquer dans ses motifs que les principes liés à la preuve d’identification et [TRADUCTION] « à l’importance que le droit accorde aux faiblesses dans ce genre de preuve, afin d’éviter les risques bien connus d’injustice susceptibles de découler d’une erreur d’identification fortuite ou volontaire [. . .] sont si bien connus qu’il ne convient pas de les décrire » (par. 23). La Cour d’appel jugeant superflu d’expliquer le droit applicable, elle était disposée à en dispenser également le juge du procès. Le juge en chef McEachern n’a pas dit que les motifs du juge du procès étaient entachés d’une erreur, ni que le silence du juge

was that the trial judge's reasons did not, on their face, positively demonstrate the absence of error.

In my view, with respect, none of the troublesome evidence precluded a positive finding of eyewitness identification. The two alleged sightings of Sukhminder Braich by Wazir Gill, for example, did not exclude the presence of Sukhminder Braich being at the scene of the shooting in his brown, two-tone GMC van between 5 and 5:30 p.m. The fact Sher Braich and Jarnail Dhaliwal made allegations respecting the presence of other passengers in the van (particularly Major Braich), which the trial judge did not accept, and the potential for collusion with respect to the identification evidence which he did accept, was not fatal. Several eyewitnesses had the opportunity for a clear, unobstructed view of the driver and shooter in a van whose description corresponded to that of Sukhminder Braich, and in the end the trial judge was entitled to accept their identification evidence and he did so.

In summary, the identification evidence was somewhat confusing and contradictory, but the basis of the trial judge's acceptance of the evidence of Sher Braich and Jarnail Dhaliwal is not in doubt. They knew the respondents. They had a clear and unobstructed view of the shooting. Having reminded himself of some potential difficulties (collusion, evolution of statements to the police, etc.), the judge was nevertheless satisfied "beyond a reasonable doubt" on the specific point at issue, namely identification of the respondents.

7. Regard will be had to the time constraints and general press of business in the criminal courts. The trial judge is not held to some abstract standard of perfection. It is neither expected nor required that the trial judge's reasons provide the equivalent of a jury instruction.

sur certains points masquait nécessairement des erreurs. Il a plutôt dit que ses motifs, à leur simple lecture, ne révélaient pas sans équivoque l'absence d'erreur.

À mon humble avis, aucun des éléments problématiques n'empêchait de trancher en faveur de l'identification faite par témoin oculaire. Par exemple, les deux occasions où Wazir Gill a allégué avoir vu Sukhminder Braich n'écartaient pas la possibilité que ce dernier se soit trouvé sur les lieux de la fusillade, à bord de sa fourgonnette deux tons, brune, de marque GMC, entre 17 h et 17 h 30. Les allégations faites par Sher Braich et Jarnail Dhaliwal quant à la présence d'autres passagers à bord de la fourgonnette (Major Braich en particulier), allégations que le juge du procès n'a pas retenues, de même que la possibilité d'une collusion au sujet de la preuve d'identification qu'il a retenue n'étaient pas déterminantes. Plusieurs témoins oculaires ont eu l'occasion de voir clairement et distinctement le conducteur et le tireur à bord de la fourgonnette, dont la description correspondait à celle de Sukhminder Braich. En définitive, le juge de première instance pouvait retenir leur preuve d'identification et c'est ce qu'il a fait.

Bref, la preuve d'identification était quelque peu déroutante et contradictoire, mais les éléments sur lesquels le juge du procès s'est fondé pour retenir les témoignages de Sher Braich et de Jarnail Dhaliwal ne sont pas mis en doute. Ces témoins connaissaient les intimés. Ils ont pu observer clairement et distinctement la fusillade. Le juge du procès a évoqué certaines difficultés (collusion, déclarations changeantes faites à la police, etc.), mais il était néanmoins convaincu « hors de tout doute raisonnable » quant au point précis en litige, soit l'identification des intimés.

7. Il faut tenir compte des délais et du volume des affaires à traiter dans les cours criminelles. Le juge du procès n'est pas tenu à une quelconque norme abstraite de perfection. On ne s'attend pas et il n'est pas nécessaire que les motifs du juge du procès soient aussi précis que les directives adressées à un jury.

36 It cannot be said that the “press of business” in the Supreme Court of British Columbia was a factor in this case.

37 McEachern C.J.B.C., with respect, sought to hold the trial judge to an unjustifiably high standard of perfection. He wrote (at para. 55):

I cannot say whether any additional judicial investigation or analysis or further Reasons for Judgment would have overcome these difficulties, but they may have. Considering the reasons for judgment, however, I have concluded that it was indeed a wrong decision of law to enter convictions against these appellants without demonstrating that the frailties and other difficulties I have described were properly weighed in the assessment of the identification evidence. It is only after such a weighing process that a Court could properly conclude that the Crown’s case had been proved beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

38 The insistence on a “demonstration” of a competent weighing of the frailties elevates the alleged insufficiency of reasons to a stand-alone ground of appeal divorced from the functional test, a broad proposition rejected in *Sheppard*. The factual issues in this case do not approach the difficulty that led to appellate intervention in *R. (D.)*, *supra*, nor is there the “uncritical reliance on the unorthodox identification evidence” cited in *Burke*, *supra*, at para. 53, or the internal contradictions in the trial reasons noted in *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13. I do not suggest at all that the decision presented to the trial judge was straightforward or easy, but there is no doubt what he decided and why he decided it.

8. *The trial judge’s duty is satisfied by reasons which are sufficient to serve the purpose for which the duty is imposed, i.e., a decision which, having regard to the particular circumstances of the case, is reasonably intelligible to the parties and provides the basis for meaningful appellate review of the correctness of the trial judge’s decision.*

On ne peut dire que le « volume des affaires à traiter » à la Cour suprême de la Colombie-Britannique était un facteur en l’espèce.

À mon humble avis, le juge en chef McEachern a tenté d’imposer au juge du procès une norme de perfection démesurément exigeante. Il s’est exprimé comme suit (au par. 55) :

[TRADUCTION] Je ne puis dire si un examen ou une analyse plus poussés ou si des motifs plus étoffés auraient permis de surmonter ces difficultés, mais c’est possible. Toutefois, considérant les motifs du jugement, j’ai conclu qu’il était erroné en droit d’inscrire une déclaration de culpabilité contre les appelants sans démontrer que les faiblesses et autres difficultés décrites précédemment ont été appréciées dans le cadre de l’évaluation de la preuve d’identification. Ce n’est qu’à l’issue d’un processus d’appréciation semblable que le tribunal peut conclure à bon droit que le ministère public s’est acquitté de son fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

L’importance accordée à la « démonstration » d’une appréciation compétente des faiblesses élève l’insuffisance alléguée des motifs au rang de moyen d’appel distinct indépendant du critère fonctionnel. Or, cette proposition de portée étendue a été rejetée dans *Sheppard*. Les questions factuelles en l’espèce n’atteignent pas le niveau de difficulté qui a conduit à l’intervention de la cour d’appel dans l’arrêt *R. (D.)*, précité, personne ne s’est « remis aveuglément à cette preuve d’identification hétérodoxe » comme dans *Burke*, précité, par. 53, et on ne retrouve pas les contradictions internes relevées dans les motifs de première instance dans *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13. Je ne veux absolument pas laisser entendre que la décision que devait prendre le juge de première instance était simple ou facile, mais la teneur et le pourquoi de sa décision ne laissent planer aucun doute.

8. *Le juge de première instance s’acquitte de son obligation lorsque ses motifs sont suffisants pour atteindre l’objectif visé par cette obligation, c’est-à-dire lorsque, compte tenu des circonstances de l’espèce, sa décision est raisonnablement intelligible pour les parties et fournit matière à un examen valable en appel de la justesse de la décision de première instance.*

McEachern C.J.B.C. considered that the “frailties” of the identification evidence should not only be mentioned but analysed. I agree, but I conclude, with respect, that the analysis here was sufficient to satisfy the functional requirements of the parties and for appellate review. The issue of identification turned on the credibility of eyewitnesses who knew the suspects. The trial judge had to weigh those factors against the possibility that their evidence may have been tainted. The trial judge does not have to exhibit the novelist’s touch for character delineation and motivation. The respondents launched a massive attack on the credibility of their accusers. The trial judge acknowledged the attack and, giving reasons, rejected it. The appellate court was not precluded by inadequate reasons from discharging its review function. The majority judgment simply took the view that if the trial judge had thought harder about the problems and written a more extensive analysis, he might have reached a different conclusion. In a word, McEachern C.J.B.C. considered the conviction “unsafe” but, with respect, his conclusion was driven more by the peculiarities of the facts than the alleged inadequacies of the trial reasons. A lurking doubt about an “unsafe” verdict is not sufficient to justify appellate intervention: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, at paras. 36-38.

9. *While it is presumed that judges know the law with which they work day in and day out and deal competently with the issues of fact, the presumption is of limited relevance. Even learned judges can err in particular cases, and it is the correctness of the decision in a particular case that the parties are entitled to have reviewed by the appellate court.*

The respondents were entitled to a set of reasons that permitted meaningful appellate review of the correctness of the trial judge’s reasons and that is what they got.

Le juge en chef McEachern a estimé qu’on devait non seulement mentionner la présence de « faiblesses » dans la preuve d’identification, mais les analyser. Je partage son avis mais, avec égards, je conclus que l’analyse faite en l’espèce était suffisante pour répondre aux besoins fonctionnels des parties et pour fins d’examen en appel. La question de l’identification reposait sur la crédibilité de témoins oculaires qui connaissaient les suspects. Le juge du procès devait apprécier ces facteurs en considérant qu’il était possible que leurs témoignages aient été faussés. Le juge du procès n’est pas tenu de décrire les personnages et leur motivation aussi habilement qu’un romancier. Les intimés ont sévèrement attaqué la crédibilité de leurs accusateurs. Le juge du procès a pris acte de cette attaque et l’a repoussée en motivant sa décision. La Cour d’appel n’était pas dans une situation où l’insuffisance des motifs l’empêchait de s’acquitter de ses fonctions en appel. Les juges majoritaires étaient simplement d’avis que si le juge du procès avait mis plus d’efforts pour résoudre les difficultés et rédigé une analyse plus complète, il aurait pu arriver à une conclusion différente. Bref, le juge en chef McEachern a estimé que la déclaration de culpabilité était « imprudente », mais sa conclusion reposait plus sur les particularités propres aux faits que sur les insuffisances alléguées des motifs de première instance. Un doute persistant au sujet d’un verdict « imprudent » ne suffit pas pour justifier l’intervention d’un tribunal d’appel : *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, par. 36-38.

9. *Les juges sont certes censés connaître le droit qu’ils appliquent tous les jours et trancher les questions de fait avec compétence, mais cette présomption a une portée limitée. Même les juges très savants peuvent commettre des erreurs dans une affaire en particulier, et c’est la justesse de la décision rendue dans une affaire en particulier que les parties peuvent faire examiner par un tribunal d’appel.*

Les intimés avaient droit à des motifs qui permettaient un examen valable en appel de la justesse des motifs du juge de première instance et c’est ce qu’ils ont obtenu.

41

This is not a case of boilerplate reasons or a generic “one size fits all” judicial disposition as was found in *Sheppard, supra*, released concurrently. The trial judge’s decision was perfectly intelligible to the respondents, even though they considered it to be erroneous. It was also clear to the British Columbia Court of Appeal. “Inadequate reasons” is not an all-purpose ground of appeal that can serve to mask what is in fact a disagreement between the trial judge and a majority of members of the appeal court on an issue which the law allocates to the trial court for decision.

10. *Where the trial decision is deficient in explaining the result to the parties, but the appeal court considers itself able to do so, the appeal court’s explanation in its own reasons is sufficient. There is no need in such a case for a new trial. The error of law, if it is so found, would be cured under the s. 686(1)(b)(iii) proviso.*

42

The trial judge provided an intelligible pathway through his reasons to his conclusion. The appeal Court was not called upon to provide its own explanation of the conviction. The trial reasons did not fail the functional test. In my view, with respect, no error of law was committed.

III. Conclusion

43

I would allow the appeal and restore the convictions.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ajmer Braich: Peck and Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent Sukhminder Braich: Smart and Williams, Vancouver.

Il ne s’agit pas en l’espèce de motifs standards ni d’une décision générique « universelle », contrairement à la conclusion tirée dans l’arrêt *Sheppard*, précité, rendu simultanément. La décision du juge du procès était parfaitement intelligible pour les intimés, même s’ils l’estimaient erronée. Elle était également claire pour la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. L’« insuffisance des motifs » ne saurait servir de moyen d’appel fourre-tout utilisé pour masquer ce qui constitue en fait un désaccord entre le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel sur une question que le droit confie à l’appréciation du tribunal de première instance.

10. *Lorsque la décision du juge de première instance ne suffit pas à expliquer le résultat aux parties, et que la cour d’appel s’estime en mesure de l’expliquer, l’explication que cette dernière donne dans ses propres motifs est suffisante. Un nouveau procès n’est alors pas nécessaire. L’erreur de droit décelée, le cas échéant, est corrigée au sens du sous-al. 686(1)(b)(iii).*

Le juge de première instance a exprimé de façon intelligible, dans ses motifs, le raisonnement qui l’a mené à sa conclusion. La Cour d’appel n’avait pas à fournir sa propre explication à la déclaration de culpabilité. Les motifs de première instance satisfaisaient au critère fonctionnel. À mon humble avis, aucune erreur de droit n’a été commise.

III. Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l’appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l’intimé Ajmer Braich : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l’intimé Sukhminder Braich : Smart and Williams, Vancouver.

Ioannis Sarvanis *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
Canada** *Respondent*

INDEXED AS: SARVANIS v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 28.

File No.: 27796.

2001: October 10; 2002: March 21.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Crown — Crown liability — Inmate injured while working at federal penitentiary — Inmate received Canada Pension Plan disability benefits out of Consolidated Revenue Fund — Inmate sued Crown in tort — Whether tort action barred by s. 9 of Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50 — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8.

While working in a federal penitentiary, an inmate sustained serious personal injuries, many of which appear to be permanent. As a result, he qualified for Canada Pension Plan (“CPP”) disability benefits, which are paid out of the Consolidated Revenue Fund. The inmate sued the Crown in tort soon after suffering his injuries. The Crown moved for summary judgment claiming that the action was statute-barred by s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which provides that “[n]o proceedings lie against the Crown . . . if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund . . . in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.” There is a reasonable possibility that the Crown will be found liable should this case proceed to trial. The trial judge found that s. 9 did not apply to the CPP disability benefits received by the inmate. The Federal Court of Appeal allowed the Crown’s appeal.

Ioannis Sarvanis *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : SARVANIS c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 28.

N^o du greffe : 27796.

2001 : 10 octobre; 2002 : 21 mars.

Présents : Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Couronne — Responsabilité de l’État — Blessures subies par un prisonnier dans le cours de travaux qu’il exécutait dans un pénitencier fédéral — Versement au détenu de prestations d’invalidité prévues par le Régime de pensions du Canada et payées sur le Trésor — Action en responsabilité civile intentée par le détenu contre l’État — Cette action est-elle irrecevable par application de l’art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50? — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8.

Dans le cours de travaux qu’il effectuait dans un pénitencier fédéral où il était détenu, un prisonnier a subi de graves blessures, dont plusieurs seraient permanentes. En conséquence, il a été déclaré admissible à des prestations d’invalidité en vertu du Régime de pensions du Canada (« RPC »), prestations qui sont versées sur le Trésor. Le détenu a intenté une action en responsabilité civile contre l’État peu de temps après avoir subi ses blessures. L’État a présenté une requête en jugement sommaire, affirmant que l’action était irrecevable par application de l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui prévoit, dans sa version anglaise, que « [n]o proceedings lie against the Crown . . . if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund . . . in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made. » Il existe une possibilité raisonnable que la responsabilité de l’État soit retenue si la présente affaire donne lieu à un procès. Le juge de première instance a estimé que l’art. 9 ne s’appliquait pas aux prestations d’invalidité reçues par l’appelant en vertu du RPC. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel interjeté à l’encontre de cette décision.

Held: The appeal should be allowed.

Section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, properly construed, does not immunize the Crown from tort liability where an individual has received benefits under the CPP. Although s. 9 uses the phrase “in respect of”, which is of very broad import, that phrase cannot be interpreted without looking to the context in which it is found. Section 9 refers to pensions and compensations made “in respect of . . . death, injury, damage or loss”. Because “in respect of” is tied to specific events to which liability could attach but for the operation of s. 9, an action will only be barred if it is based on the factual basis specified in s. 9. By contrast, the CPP is a contributory plan wherein disability benefits are contingent on the present disabled condition of an otherwise qualified contributor. Since CPP benefits are contingent on a mere disability, not on the factual basis specified in s. 9, they do not fall within its scope. The disability benefit awarded to the inmate does not constitute a pension or compensation for the purposes of s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. This conclusion is also consistent with the French version of the section.

This conclusion is bolstered by the language used in Acts awarding pensions that are caught by s. 9, and by the broader legislative purpose of the *Crown Liability and Proceedings Act* which was to establish Crown liability previously blocked by the common law. It would be surprising if the *Canada Pension Plan* was meant to nullify that increased exposure. Moreover, there is no explicit provision barring tort liability in the *Canada Pension Plan*.

Cases Cited

Distinguished: *Langille v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1992] 2 F.C. 208; **referred to:** *Cugliari v. White* (1998), 159 D.L.R. (4th) 254; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Selon l'interprétation qu'il convient de donner à cette disposition, l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* n'a pas pour effet de dégager l'État de toute responsabilité civile lorsqu'une personne reçoit des prestations en vertu du RPC. Quoique l'expression « *in respect of* », qui a une très large portée, soit utilisée à l'art. 9, ces mots ne peuvent être interprétés sans examiner le contexte dans lequel ils sont utilisés. L'article 9 parle des pensions et des indemnités versées « *in respect of . . . death, injury, damage or loss* ». Étant donné que l'expression « *in respect of* » est rattachée à des événements précis qui pourraient être sources de responsabilité, si ce n'était de l'application de l'art. 9, une action n'est irrecevable que si elle repose sur le fondement factuel prévu par cette disposition. Toutefois, le RPC est un régime contributif dans le cadre duquel le paiement des prestations d'invalidité prévues dépend du respect de la condition exigeant que le cotisant par ailleurs admissible soit invalide au moment de la demande. Comme le paiement de ces prestations dépend du seul fait de l'existence de l'invalidité, et non du fondement factuel précisé à l'art. 9, ces prestations ne tombent pas dans le champ d'application de cette disposition. Les prestations d'invalidité versées au détenu ne constituent pas une pension ou une indemnité pour l'application de l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Cette conclusion est également compatible avec la version française de cet article.

Cette conclusion est étayée et par le texte de lois pourvoyant au paiement de pensions qui sont visées par l'art. 9 et par l'objet général de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, qui consistait à établir la responsabilité de l'État, jusque-là écartée par la common law. Il serait étonnant que la loi instituant le RPC ait eu pour objet de neutraliser ce risque accru de responsabilité. En outre, cette loi ne comporte aucune disposition explicite faisant obstacle à une action en responsabilité civile délictuelle.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1992] 2 C.F. 208; **arrêts mentionnés :** *Cugliari c. White* (1998), 159 D.L.R. (4th) 254; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the statute law in relation to veterans' benefits, S.C. 2000, c. 34, s. 42.
Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a) [rep. & sub. c. 30 (2nd Supp.), s. 12], 44(1)(b) [am. *idem*, s. 13; am. 1992, c. 2, s. 1], 108(1), (3)(a).
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 4(1).
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50 [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 21], s. 9.
Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5, ss. 4(1)(a), 12.
Merchant Seamen Compensation Act, R.S.C. 1985, c. M-6, s. 13.
Pension Act, R.S.C. 1985, c. P-6, ss. 21(1)(a) [rep. & sub. c. 16 (1st Supp.), s. 2; rep. & sub. 1990, c. 43, s. 8], 111(2) [repl. 2000, c. 34, s. 42].
Statute Revision Act, R.S.C. 1985, c. S-20, s. 6(e), (f).

Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. 4, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, p. 3333.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (2000), 184 D.L.R. (4th) 124, 252 N.R. 131, [2000] F.C.J. No. 12 (QL), setting aside a judgment of the Trial Division (1998), 156 F.T.R. 265, [1998] F.C.J. No. 1304 (QL). Appeal allowed.

David R. Tenszen, for the appellant.

David Sgayias and *Christopher Rupar*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In this appeal, we must consider whether s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, operates so as to immunize the Crown from tort liability where an individual has received benefits under the Canada Pension Plan

Lois et règlements cités

Loi portant modification de la législation concernant les avantages pour les anciens combattants, L.C. 2000, ch. 34, art. 42.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50 [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 21], art. 9.
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 4(1).
Loi sur la révision des lois, L.R.C. 1985, ch. S-20, art. 6(e), (f).
Loi sur les pensions, L.R.C. 1985, ch. P-6, art. 21(1)(a) [abr. & rempl. ch. 16 (1^{er} suppl.), art. 2; abr. & rempl. 1990, ch. 43, art. 8], 111(2) [repl. 2000, ch. 34, art. 42].
Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. 1985, ch. G-5, art. 4(1)(a), 12.
Loi sur l'indemnisation des marins marchands, L.R.C. 1985, ch. M-6, art. 13.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 42(2)(a) [abr. & rempl. ch. 30 (2^e suppl.), art. 12], 44(1)(b) [mod. *idem*, art. 13; mod. 1992, ch. 2, art. 1], 108(1), (3)(a).

Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 7^e sess., 21^e lég., 26 mars 1953, p. 3523.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (2000), 184 D.L.R. (4th) 124, 252 N.R. 131, [2000] A.C.F. n^o 12 (QL), qui a infirmé un jugement de la Section de première instance (1998), 156 F.T.R. 265, [1998] A.C.F. n^o 1304 (QL). Pourvoi accueilli.

David R. Tenszen, pour l'appelant.

David Sgayias et *Christopher Rupar*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à décider si l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, a pour effet de dégager l'État de toute responsabilité civile lorsqu'une personne

("CPP"). I conclude that, on the proper interpretation of the statute, it does not. Accordingly I would allow the appeal and dismiss the Crown's motion for summary judgment.

II. Background

2 The appellant, Ioannis Sarvanis, was an inmate in the Pittsburgh Institution, a federal penitentiary in Joyceville, Ontario. He was working in the hay barn of the prison farm when, on June 16, 1992, he fell through a trap door on the second floor of the barn. The trap door had been concealed by hay. He landed on the first floor of the barn and sustained serious personal injuries, many of which appear from the record to be permanent. These injuries rendered the appellant unable to work. There is a reasonable possibility that liability may be found to lie with the respondent should this case proceed to trial.

3 On September 12, 1996, it was determined by the Government of Canada Income Security Programs that the appellant was disabled and that he qualified for CPP disability benefits. He continues to receive these benefits each month. Retroactive payment was made in November of 1996 to cover the period from October 1994, which was the effective date of the benefit decided on by the Ministry, to the time when the payments began regularly. The appellant has also received Ontario welfare benefits and "family benefits" or benefits under the Ontario Disability Support Program.

4 The appellant initially brought this action in tort on August 21, 1992, about two months after suffering his injuries. The respondent filed a statement of defence on September 18, 1992. On September 15, 1998, a motion by the respondent was granted by MacKay J. of the Federal Court, Trial Division, allowing it to amend its statement of defence. The amended statement of defence claimed that the

reçoit des prestations en vertu du Régime de pensions du Canada (« RPC »). J'arrive à la conclusion que, suivant l'interprétation qu'il convient de donner à cette loi, l'article en question n'a pas cet effet. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la requête en jugement sommaire présentée par l'État.

II. Les faits

Au moment des faits pertinents, l'appellant, Ioannis Sarvanis, était détenu à l'établissement Pittsburgh, pénitencier fédéral situé à Joyceville en Ontario. Le 16 juin 1992, pendant qu'il travaillait dans la grange à foin de la ferme de la prison, il est tombé par une trappe se trouvant au deuxième étage de la grange et dont l'ouverture était dissimulée par du foin. Il a chuté jusqu'au rez-de-chaussée de la grange et subi de graves blessures, dont plusieurs seraient permanentes selon le dossier. Ces blessures l'ont rendu incapable de travailler. Il existe une possibilité raisonnable que la responsabilité de l'intimée soit retenue si la présente affaire donne lieu à un procès.

Le 12 septembre 1996, il a été déterminé, aux fins d'application des Programmes de la sécurité du revenu du gouvernement du Canada, que l'appellant était invalide et admissible à des prestations d'invalidité en vertu du RPC. L'appellant continue de recevoir ces prestations mensuelles. En novembre 1996, un paiement rétroactif lui a été versé à l'égard de la période allant d'octobre 1994 — date d'ouverture du droit aux prestations, fixée par le ministère — jusqu'à la date où il a commencé à recevoir les versements réguliers. L'appellant a également reçu des prestations d'aide sociale et « prestations familiales » de l'Ontario ou des prestations en vertu du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées.

L'appellant a intenté la présente action en responsabilité civile le 21 août 1992, environ deux mois après avoir subi ses blessures. L'intimée a déposé une défense le 18 septembre 1992. Le 15 septembre 1998, le juge MacKay de la Section de première instance de la Cour fédérale a accueilli la requête de l'intimée, qui sollicitait l'autorisation de modifier sa défense. Dans sa défense modifiée, l'intimée a

action was statute-barred by s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. On this basis, the respondent moved for summary judgment.

MacKay J. dismissed the motion, finding that s. 9 did not apply to the payments received by the appellant. An appeal was heard and allowed by the Federal Court of Appeal. Sarvanis now appeals to this Court.

III. Relevant Statutory Provisions

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

9. No proceedings lie against the Crown or a servant of the Crown in respect of a claim if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.

9. Ni l'État ni ses préposés ne sont susceptibles de poursuites pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d'une pension ou indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l'État.

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8

42. ...

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death;

prétendu que l'action était irrecevable par application de l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et, s'appuyant sur ce motif, elle a présenté une requête en jugement sommaire.

Le juge MacKay a rejeté la requête, estimant que l'art. 9 ne s'appliquait pas aux paiements reçus par l'appelant. La Cour d'appel fédérale a entendu et accueilli l'appel interjeté à l'encontre de cette décision. Monsieur Sarvanis se pourvoit maintenant devant notre Cour.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

9. Ni l'État ni ses préposés ne sont susceptibles de poursuites pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d'une pension ou indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l'État.

9. No proceedings lie against the Crown or a servant of the Crown in respect of a claim if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8

42. ...

(2) Pour l'application de la présente loi :

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa :

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès;

5

6

44. (1) Subject to this Part,

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) has made contributions for at least two of the last three calendar years included either wholly or partly within his contributory period,

(iii) where there are only two calendar years included either wholly or partly within his contributory period, has made contributions for both such years, or

(iv) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time the contributor's application for a disability pension was actually received;

108. (1) There is hereby established in the accounts of Canada an account to be known as the Canada Pension Plan Account.

(3) There shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund and charged to the Canada Pension Plan Account

(a) all amounts payable under this Act as or on account of benefits or otherwise;

IV. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division* (1998), 156 F.T.R. 265

MacKay J. found that CPP benefits were paid out of the Consolidated Revenue Fund. He found that such disability benefits as the appellant received are paid to those who have contributed under the CPP and who are also disabled. He rejected the Crown's argument that the case of *Langille v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1992] 2 F.C. 208 (C.A.), applied. That case involved plaintiffs who attempted

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie :

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui :

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit a versé des cotisations pendant au moins deux des trois dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(iii) soit a versé des cotisations pour les deux années civiles qui sont comprises dans sa période cotisable, dans les cas où il n'y a que deux années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable;

(iv) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue;

108. (1) Est ouvert, parmi les comptes du Canada, un compte intitulé « compte du régime de pensions du Canada ».

(3) Doivent être payés sur le Trésor et portés au débit du compte du régime de pensions du Canada :

a) les montants payables en vertu de la présente loi au titre des prestations ou à valoir sur celles-ci ou de toute autre façon;

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1998] A.C.F. n° 1304 (QL)

Le juge MacKay a conclu que les prestations du RPC avaient été payées sur le Trésor. Selon lui, les prestations d'invalidité du genre de celles reçues par l'appelant sont versées aux cotisants admissibles au RPC qui sont également invalides. Il a rejeté l'argument de l'État voulant que l'arrêt *Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1992] 2 C.F. 208 (C.A.), s'applique à l'espèce. Dans cette

to sue the government over the destruction of their diseased farm animals, although compensation had already been paid to them with respect to this matter directly out of the Consolidated Revenue Fund. He also distinguished pensions payable under the *Pension Act*, R.S.C. 1985, c. P-6, and the *Government Employees Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. G-5, since these pensions explicitly preclude claims for loss or injury incurred in the course of military or civil service, respectively, replacing such claims with pension benefits.

The learned motions judge also noted that CPP disability benefits were not deducted from judicial awards of damages in tort. He referred to the view expressed in *Cugliari v. White* (1998), 159 D.L.R. (4th) 254 (Ont. C.A.), that such payments are not compensatory but are “akin to a private policy of insurance, payable to a qualified contributor under the plan in relation to his or her disability” (para. 11). Similarly, CPP disability pensions are paid to persons who are contributors solely in respect of their disability. Such pensions make no reference to any particular cause of the disability, nor to any further damage or loss that might be the subject of a damage award in a tort action. Although it was often possible, in an historical sense, to relate a disability to an injury, the injury or damage at issue was not the basis of or reason for such payments. Accordingly, he dismissed the motion for summary judgment.

B. *Federal Court of Appeal* (2000), 184 D.L.R. (4th) 124

Malone J.A., for the court, focused on the proper interpretation of the words “in respect of” in s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. He found that these words had been given an extremely broad interpretation by this Court and by other courts. In his view, the pension in this case was both paid out

affaire, les demandeurs avaient intenté des poursuites contre le gouvernement pour la destruction de leurs animaux d'élevage malades, malgré le fait qu'ils avaient déjà touché, à cet égard, une indemnité prélevée directement sur le Trésor. Le juge MacKay a également différencié les prestations en cause des pensions payables en vertu de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1985, ch. P-6, et de la *Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*, L.R.C. 1985, ch. G-5, pour le motif que ces régimes de pensions excluent explicitement les réclamations pour pertes ou blessures subies au cours du service militaire ou dans l'exercice de fonctions d'agent de l'État, respectivement, remplaçant ces droits à réclamation par le versement de pensions.

Le juge des requêtes a aussi souligné que les pensions d'invalidité prévues par le RPC n'étaient pas déduites des dommages-intérêts accordés en cas d'action en responsabilité civile. Il a fait état de l'opinion exprimée dans l'arrêt *Cugliari c. White* (1998), 159 D.L.R. (4th) 254 (C.A. Ont.), selon laquelle ces sommes n'ont pas un caractère indemnitaire, mais « ressemble[nt] [. . .] au montant payable, en vertu d'une police d'assurance privée, au cotisant admissible à l'égard de son invalidité » (par. 11). De même, les pensions d'invalidité prévues par le RPC sont versées aux cotisants uniquement à l'égard de leur invalidité. Ce régime ne fait pas état de quelque cause d'invalidité particulière, ni de quelque autre dommage ou perte susceptible de donner droit à des dommages-intérêts dans une action en responsabilité civile. Bien qu'il soit souvent possible de rattacher l'invalidité à une blessure, la blessure ou le dommage en cause ne constitue pas le fondement ou la raison de ces versements. En conséquence, le juge MacKay a rejeté la requête en jugement sommaire.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2000] A.C.F. n° 12 (QL)

S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Malone s'est attaché à l'interprétation qu'il convenait de donner à la locution anglaise « *in respect of* » figurant à l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Il a conclu que notre Cour et d'autres tribunaux

of the Consolidated Revenue Fund and was “in respect of” the injury for which Sarvanis sought to bring action (para. 8). Sarvanis’ own application for a CPP disability pension indicated that the cause of his disability was the injury in question. Section 9’s use of the phrase “in respect of” was intended to capture not only compensation, but pensions as well.

10 He therefore allowed the Crown’s appeal and granted the motion for summary judgment.

V. Issue

11 The issue is whether, by receiving a disability pension under the *Canada Pension Plan*, the appellant has been paid a “pension or compensation . . . in respect of the death, injury, damage or loss” in respect of which the claim is brought, so as to bar his action pursuant to s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

VI. Analysis

A. Overview of the CPP Disability Scheme

12 This case involves a very narrow question of statutory interpretation. The crux of the inquiry is, as Malone J.A. found, whether the breadth of the words “in respect of” is sufficient to include the pension granted the appellant. The appellant received a disability pension under the CPP. Section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* bars any claim against the Crown

if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.

pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d’une pension ou

avaient interprété cette expression de façon extrêmement large. Selon lui, la pension en litige était payée sur le Trésor « relativement aux » blessures pour lesquelles Sarvanis avait intenté une action (par. 8). Dans le texte même de la demande présentée par Sarvanis en vue d’obtenir une pension d’invalidité prévue par le RPC, ce dernier avait indiqué que son invalidité avait été causée par les blessures en question. Par l’utilisation, à l’art. 9, de la locution « *in respect of* », on entendait faire tomber dans le champ d’application de cette disposition non seulement les indemnités mais aussi les pensions.

Le juge Malone a en conséquence accueilli l’appel de l’État et fait droit à la requête en jugement sommaire.

V. La question en litige

La pension d’invalidité reçue par l’appellant en vertu du *Régime de pensions du Canada* équivaut-elle au paiement d’une « *pension or compensation . . . in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made* », auquel cas son action serait irrecevable par application de l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*?

VI. L’analyse

A. Aperçu du régime d’invalidité prévu par le RPC

La présente affaire porte sur une question d’interprétation législative très précise. Comme l’a indiqué le juge Malone de la Cour d’appel fédérale, il s’agit essentiellement de décider si l’expression « *in respect of* » a une portée suffisamment large pour que la pension accordée à l’appellant soit visée par l’art. 9. L’appellant a reçu une pension d’invalidité en vertu du RPC. L’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* interdit toute poursuite contre l’État

if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.

pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d’une pension ou

indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l'État. [Emphasis added.]

The text of the French version of this provision is worded in a different manner. But the effect is the same, which may reflect the different approaches to drafting in the official languages. It is noteworthy, however, that the previous French version of this section closely mirrored the English text (“... *si une pension ou une indemnité a été payée ou est payable . . . relativement à ce décès, ces blessures, dommages ou autres pertes*”, R.S.C. 1970, c. C-38, s. 4(1) (emphasis added)), while the current version is the product of a modification in the 1985 revision. The conclusion that the meaning must nevertheless be the same is bolstered by the authority of the *Statute Revision Act*, R.S.C. 1985, c. S-20, s. 6(e) and (f), providing that revisions of this sort will not change the substance of the enactment. The present French version of s. 9 immunizes the Crown from a cause of action “... *pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d’une pension ou indemnité . . .*” (“for any loss — in particular, for death, injury or damage — that gives rise to the payment of a pension or compensation”). The question, therefore, is whether a disability pension under the *Canada Pension Plan* is a pension paid “in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made”.

The pension in this case was awarded pursuant to the CPP which came into being in 1966. Most salaried Canadians are contributors to the CPP, although eligible persons employed in Quebec subscribe instead to a similar plan, the Quebec Pension Plan. Eligible persons make one half of the mandatory contributions based on their wage, while the person’s employer must pay the other half of the contribution. Contributors are then entitled to apply for benefits, provided they meet the criteria set out in the CPP Act. The quantity of the benefit allowed will vary according to the class of benefit received, the length of time a contributor has made

indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l'État. [Je souligne.]

La version française est formulée différemment de la version anglaise, mais son effet est le même, la différence de formulation reflétant les méthodes distinctes de rédaction législative appliquées pour chacune des langues officielles. Il convient toutefois de signaler que la version française antérieure de cette disposition, qui a été modifiée dans le cadre de la révision de 1985, suivait étroitement la formulation du texte anglais (« . . . si une pension ou une indemnité a été payée ou est payable [. . .] relativement à ce décès, ces blessures, dommages ou autres pertes », S.R.C. 1970, ch. C-38, par. 4(1) (je souligne)). La conclusion que le sens n’a pas changé est renforcée par les dispositions des al. 6e) et f) de la *Loi sur la révision des lois*, L.R.C. 1985, ch. S-20, qui précisent que les révisions de forme apportées à un texte n’en modifient pas le fond. Aux termes de la version actuelle du texte français de l’art. 9, l’État est à l’abri des poursuites « . . . pour toute perte — notamment décès, blessures ou dommages — ouvrant droit au paiement d’une pension ou indemnité . . . » (traduit littéralement en anglais ce passage se lirait ainsi : « *for any loss — in particular, for death, injury or damage — that gives rise to the payment of a pension or compensation* »). La question est donc de savoir si une pension d’invalidité versée en vertu du *Régime de pensions du Canada* est une pension versée « *in respect of . . . death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made* ».

En l’espèce, la pension en cause a été accordée en vertu du RPC, qui a été mis en place en 1966. La plupart des salariés canadiens cotisent au RPC, quoique les personnes admissibles travaillant au Québec cotisent à un régime similaire, le Régime de rentes du Québec. Les personnes admissibles versent, en fonction de leur salaire, la moitié des cotisations obligatoires, tandis que leurs employeurs versent l’autre moitié. S’ils satisfont aux critères prescrits par la loi instituant le RPC, les cotisants ont le droit de réclamer des prestations, dont le montant dépend de la catégorie de prestation demandée, de la période pendant

contributions and the total amount of contributions made.

15 Benefits are paid under the CPP in several situations. The most common benefit is the CPP retirement pension. Survivor's benefits are also available to the surviving spouse or children of a contributor. The benefit class with which we are concerned in this appeal is the disability benefit.

16 The CPP pays benefits to disabled persons and their dependent children pursuant to s. 44 of the *Canada Pension Plan*. In order to receive these benefits, a person must apply for them and must generally meet three conditions. First, generally speaking, he or she must be under 65 years of age. Second, he or she must have contributed the minimum qualifying amount to the CPP for the minimum qualifying period. These figures vary according to situation and are subject to some exceptions, but the essential fact is that there is a minimum qualifying contribution and contributory period. Third, he or she must be "disabled".

17 Disability is defined at s. 42(2)(a) of the *Canada Pension Plan*. The section requires that a disability, in order to fulfil this criterion of eligibility for benefits, be both "severe and prolonged". These terms are defined thus in s. 42(2)(a):

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death.

Thus, the third requirement for receiving disability benefits under the CPP is that the contributor be unable to work, and likely to be unable to work for a long, indefinite period, because of his or her disability.

laquelle l'intéressé a cotisé et du total de ses cotisations.

Le RPC comporte différentes catégories de prestations. La plus courante est la pension de retraite. Il existe également des prestations aux survivants, que l'épouse ou les enfants d'un cotisant décédé peuvent réclamer. La catégorie de prestations en cause dans le présent pourvoi est la pension d'invalidité.

En vertu du RPC, des prestations sont versées aux personnes invalides et à leurs enfants à charge, conformément aux dispositions de l'art. 44 du *Régime de pensions du Canada*. La personne qui désire recevoir ces prestations doit présenter une demande à cet effet et elle doit généralement respecter les trois conditions suivantes. Premièrement, elle doit en général être âgée de moins de 65 ans. Deuxièmement, elle doit avoir cotisé une somme minimale au RPC, pendant la période minimale prescrite. Ces chiffres varient selon la situation et sont assortis d'exceptions, mais ce qu'il importe de retenir c'est qu'il existe une période cotisable minimale et qu'une somme minimale doit avoir été cotisée. Troisièmement, la personne doit être « invalide ».

L'alinéa 42(2)a) du *Régime de pensions du Canada* définit l'invalidité, précisant que, pour satisfaire à ce critère d'admissibilité aux prestations, l'intéressé doit souffrir d'une invalidité « grave et prolongée », termes qui sont définis ainsi au sous-al. 42(2)a) :

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès.

Par conséquent, suivant la troisième condition d'admissibilité aux prestations d'invalidité prévues par le RPC, il faut que, en raison de son invalidité, le cotisant soit incapable de travailler pendant une période qui sera vraisemblablement longue et indéfinie.

CPP disability benefits are discontinued upon the contributor ceasing to be disabled, or upon the contributor turning 65, at which time he or she is moved to the CPP retirement pension. Thus, these benefits are awarded only so long as the contributor continues to meet the eligibility criteria.

B. Section 9 of the Crown Liability and Proceedings Act

I turn now to a consideration of the text of s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* before moving to the ultimate question, that is, whether the section, properly construed, captures the CPP disability benefit. The crux of the question is whether the section's description of pensions paid "in respect of . . . death, injury, damage or loss" encompasses the benefit. Within that context, the words of significance here are the words "in respect of".

This phrase, "in respect of", is clearly a broad one. In urging a broad approach to interpreting that phrase in s. 9, the respondent relies, as did the Federal Court of Appeal, on the following observations of Dickson J. (as he then was), interpreting the *Income Tax Act*, 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.

Dickson J.'s reading of these words has been more recently approved by this Court in *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 16, interpreting s. 487(1) of the *Criminal Code*.

The Federal Court of Appeal has also relied on Dickson J.'s interpretation in another case interpreting s. 9 (then s. 4(1) of the *Crown Liability Act*,

Le versement de prestations d'invalidité en vertu du RPC prend fin lorsque le cotisant cesse d'être invalide ou lorsqu'il atteint l'âge de 65 ans. Dans ce dernier cas, le cotisant commence à recevoir la pension de retraite du RPC. Par conséquent, les prestations d'invalidité ne sont versées au cotisant que tant et aussi longtemps qu'il satisfait aux critères d'admissibilité.

B. L'article 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif

Je vais maintenant examiner le texte de l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, avant de trancher la question fondamentale de savoir si, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, cette disposition vise les prestations d'invalidité prévues par le RPC. Il s'agit essentiellement de décider si cet avantage correspond à une pension versée « *in respect of . . . death, injury, damage or loss* ». Dans ce contexte, c'est la locution « *in respect of* » qui est importante.

L'expression « *in respect of* » a clairement une large portée. Au soutien de l'interprétation large de cette expression à l'art. 9, l'intimée invoque, à l'instar de la Cour d'appel fédérale, les observations suivantes qu'a faites le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) en interprétant une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39 :

À mon avis, les mots « quant à » [« *in respect of* »] ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, « concernant », « 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.

Plus récemment, dans l'arrêt *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 16, qui portait sur l'interprétation du par. 487(1) du *Code criminel*, notre Cour a approuvé la façon dont le juge Dickson a interprété ces mots.

Dans l'arrêt *Langille c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, précité, qui portait sur l'interprétation de l'art. 9 (alors le par. 4(1) de la *Loi sur la*

18

19

20

21

R.S.C. 1970, c. C-38), *Langille v. Canada (Minister of Agriculture)*, *supra*. In that case, a farmer brought an action against the Crown for damages after the Ministry of Agriculture destroyed his diseased farm animals in order to prevent the spread of disease. Compensation was paid to him directly from the Consolidated Revenue Fund in settlement of his losses. The Federal Court of Appeal found that s. 4(1) barred his action. The words “in respect of” were found to catch the compensation paid. Stone J.A. concluded, at p. 213, that:

[T]he broad reach of subsection 4(1) does include the damage or loss for which the respondents here claim on account of their destroyed animals. The compensation was paid “in respect of” “damage or loss” resulting from the destruction of the animals and the claim in the present action is also “in respect of” that same “damage or loss”. The only difference here is that respondents, by way of this action in tort, are seeking to enhance recovery in respect of that destruction beyond the level of the compensation they were paid in 1978 out of the Consolidated Revenue Fund.

22

It is fair to say, at the minimum, that the phrase “in respect of” signals an intent to convey a broad set of connections. The phrase is not, however, of infinite reach. Although I do not depart from Dickson J.’s view that “in respect of” is among the widest possible phrases that can be used to express connection between two legislative facts or circumstances, the inquiry is not concluded merely on the basis that the phrase is very broad.

23

The breadth and ambiguity of the words used to express the connection between the pension or compensation paid and the loss to which the payment relates is equally present in the French version. This is seen most clearly in the verb phrase connecting the loss to the pension, that is, “*ouvrant droit au paiement d’une pension ou indemnité*” (emphasis added). It is important to keep in mind the distinct manner in which Parliament has chosen to frame the section in the two languages. However, I would note, crucially, that it is the same connection — the link between the pension paid and the loss sustained —

responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38), la Cour d’appel fédérale s’est elle aussi appuyée sur l’interprétation du juge Dickson. Dans cette affaire, un fermier avait intenté une action en dommages-intérêts contre l’État par suite de la destruction de ses animaux d’élevage malades par le ministère de l’Agriculture en vue d’empêcher propagation de la maladie. Une indemnité lui avait été versée directement sur le Trésor en dédommagement de ses pertes. La Cour d’appel fédérale a conclu que le par. 4(1) faisait obstacle à l’action. Elle a jugé que l’expression « relativement à » (« *in respect of* » dans la version anglaise) visait l’indemnité versée. Le juge Stone a conclu ainsi, à la p. 213 :

[L]a large portée du paragraphe 4(1) comprend certainement les dommages ou les pertes faisant l’objet de la demande portant sur leurs animaux détruits présentée par les intimés en l’espèce. L’indemnité a été payée « relativement à » des « dommages ou . . . pertes » résultant de la destruction des animaux et il s’agit dans la présente action d’une demande « relativement à » ces mêmes « dommages ou . . . pertes ». La seule différence est que les intimés cherchent en l’espèce au moyen de leur action délictuelle à obtenir à l’égard de ladite destruction une indemnité en sus de celle qui leur a été versée sur le Fonds du revenu consolidé en 1978.

On peut à tout le moins dire avec justesse que l’expression « *in respect of* » indique l’intention d’exprimer des rapports plutôt larges entre deux idées. Elle n’a toutefois pas une portée illimitée. Quoique je souscrive à l’opinion du juge Dickson selon laquelle cette expression est parmi les plus larges qui soient pour exprimer un lien entre deux circonstances ou faits mentionnés dans une loi, ce seul fait ne met pas fin à l’analyse.

Les mots utilisés en français pour exprimer le lien entre la pension ou l’indemnité et la perte à laquelle ce paiement se rapporte sont tout aussi larges et ambigus. Cela ressort très clairement du syntagme verbal rattachant la perte au paiement, savoir les mots « *ouvrant droit* au paiement d’une pension ou indemnité » (je souligne). Il est important de garder à l’esprit les styles de rédaction distincts que le législateur a choisi d’appliquer pour rédiger l’article en cause dans chacune des langues officielles. Je tiens toutefois à souligner que, fondamentalement, c’est le même rapport — à savoir le lien entre la

that Parliament has rendered somewhat obscure by the use of both “in respect of” and “ouvrant droit”. The distinct features of phrasing in each official version do not, in themselves, remedy the central ambiguity with which this appeal is concerned.

In both cases, we must not interpret words that are of a broad import taken by themselves without looking to the context in which the words are found. Indeed, the proper approach to statutory interpretation requires that we more carefully examine the wider context of s. 9 before settling on the correct view of its reach. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, in discussing the preferred approach to statutory interpretation, the Court stated, at para. 21:

... Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

In my view, the nature and content of this approach, and the accuracy of Professor Driedger’s succinct formulation, have not changed. Accordingly, we cannot rely blindly on the fact that the words “in respect of” are words of broad meaning.

With this approach in mind, I take note that s. 9 refers to pensions and compensations that are made in respect of “death, injury, damage or loss”. The fact that the broad phrase “in respect of” is tied to this enumeration of events is of some significance. The ordinary sense of this list of words indicates that they are specific events to which liability could, but for the operation of s. 9, attach. That is, s. 9 envisions pensions and compensation paid because of an event of death, injury, damage or loss. This is consistent with, for instance, the destruction of cattle in *Langille, supra*. The compensation paid by the government in that case was in settlement of the

pension versée et la perte subie — que le législateur a exprimé de façon un peu obscure en utilisant les expressions « *in respect of* » et « *ouvrant droit* ». Les caractéristiques du libellé dans l’une et l’autre version ne remédient pas à l’ambiguïté centrale soulevée dans le présent pourvoi.

Dans les deux cas, nous ne devons pas interpréter des mots qui ont en soi une grande portée sans examiner le contexte dans lequel ils sont utilisés. De fait, conformément à la méthode d’interprétation législative qu’il convient d’adopter, nous devons examiner plus attentivement le contexte global de l’art. 9 avant de nous prononcer sur sa portée exacte. Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, examinant la méthode d’interprétation législative à privilégier, notre Cour a déclaré ceci, au par. 21 :

... Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

À mon avis, la nature et la teneur de cette méthode ainsi que la justesse de l’énoncé succinct du professeur Driedger n’ont pas changé. Par conséquent, nous ne pouvons pas nous appuyer aveuglément sur le fait que l’expression « *in respect of* » a un sens large.

Gardant cette méthode à l’esprit, je constate que l’art. 9 parle des pensions et des indemnités versées « *in respect of* » « *death, injury, damage or loss* ». Le lien entre l’expression générale « *in respect of* » et cette énumération d’événements n’est pas sans importance. Selon leur sens ordinaire, les mots de cette énumération sont des événements précis qui pourraient être sources de responsabilité, si ce n’était de l’application de l’art. 9. En d’autres termes, l’article 9 vise les cas où une pension ou indemnité est versée parce qu’il y a eu perte, notamment décès, blessures ou dommages, situation qui correspond, par exemple, à la destruction des bovins

loss of cattle suffered by the plaintiffs. The fact that the plaintiffs sought compensation of the same loss in tort was sufficient to show identity between the subject of the attempted claim and the subject of the compensation.

26

This example is consistent with a reading of the words “in respect of” in the context of the clause in which they appear. The fact that a pension must be in respect of some event of “death, injury, damage or loss” gives us a fuller understanding of the import of the words. What this broad, yet in itself imprecise, phrase means, can be understood by asking what kind of a thing the pension must be in respect of. We will have a different view of the precise scope of the phrase in this context from, for example, the context of the clause which follows in s. 9. The latter clause refers to “death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made”. The breadth of the words “in respect of” when attached to the concept of a “claim” may be different from the breadth of the same words when attached to a series of events.

27

This interpretation is also consistent with the French version of the section. Actions that are barred are actions “*pour toute perte*”, or “for any loss”, “*notamment décès, blessures ou dommages*,” that is, “in particular, for death, injury or damage” where such a loss also gives rise to (“*ouvrant droit*”) the payment of a pension or compensation. In both the French and English versions of the statute, the key is to recognize that the loss the recovery of which is barred by the statute must be the same loss that creates an entitlement to the relevant pension or compensation. The enumeration of events as clearly explicates the meaning of “*perte*” in the French text as it does the meaning of “in respect of” in English.

dans l’arrêt *Langille*, précité. Dans cette affaire, le gouvernement a versé une indemnité pour dédommager les demandeurs de la perte de leurs bovins. Le fait que les demandeurs sollicitaient des dommages-intérêts pour la même perte dans leur action en responsabilité civile suffisait pour établir l’identité entre l’objet de leur action et celui de leur demande d’indemnité.

Cet exemple est compatible avec une interprétation de l’expression « *in respect of* » qui tient compte du contexte du membre de phrase dans lequel elle figure. La condition exigeant que la pension soit versée pour un événement constituant une « perte — notamment décès, blessures ou dommages » permet de mieux saisir la signification des mots « *in respect of* ». Il est possible de dégager le sens de cette expression générale — en soi imprécise — en se demandant pour quel genre de situations la pension doit être versée. Nous pouvons nous faire une meilleure idée de la portée précise de cette expression dans ce contexte en examinant, par exemple, le contexte de l’occurrence suivante de cette expression dans la version anglaise de l’art. 9, passage qui est rédigé ainsi : « *death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made* ». La portée de la locution « *in respect of* » pourrait être différente lorsqu’elle est liée à la notion de « *claim* » plutôt qu’à une énumération d’événements.

Cette interprétation est également compatible avec la version française de l’article. Sont interdites les poursuites « pour toute perte » (selon la traduction littérale proposée plus tôt « *for any loss* »), « notamment décès, blessures ou dommages » (selon la traduction littérale proposée plus tôt « *in particular, for death, injury or damage* »), dans les cas où il s’agit également d’une perte « ouvrant droit » à une pension ou indemnité. Tant pour ce qui est de la version française que de la version anglaise de la loi, il importe de reconnaître que la perte dont l’indemnisation est écartée par la loi doit être la même que celle qui crée le droit à la pension ou à l’indemnité pertinente. L’énumération d’événements que comporte la disposition explicite tout autant le sens du mot « *perte* » dans le texte français que celui de l’expression « *in respect of* » dans le texte anglais.

In my view, the language in s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, though broad, nonetheless requires that such a pension or compensation paid or payable as will bar an action against the Crown be made on the same factual basis as the action thereby barred. In other words, s. 9 reflects the sensible desire of Parliament to prevent double recovery for the same claim where the government is liable for misconduct but has already made a payment in respect thereof. That is to say, the section does not require that the pension or payment be in consideration or settlement of the relevant event, only that it be on the specific basis of the occurrence of that event that the payment is made.

This breadth is necessary to ensure that there is no Crown liability under ancillary heads of damages for an event already compensated. That is, a suit only claiming for pain and suffering, or for loss of enjoyment of life, could not be entertained in light of a pension falling within the purview of s. 9 merely because the claimed head of damages did not match the apparent head of damages compensated for in that pension. All damages arising out of the incident which entitles the person to a pension will be subsumed under s. 9, so long as that pension or compensation is given “in respect of”, or on the same basis as, the identical death, injury, damage or loss.

Although such comments are not determinative, I note that this view is consistent with comments made by the Minister of the day in debating the original *Crown Liability Act* in 1953. The Minister likened the type of pensions the receipt of which was intended to bar other actions to provincial worker’s compensation legislation, in which the right to sue was exchanged, as it were, for comprehensive administrative compensation (*House of Commons Debates*, vol. 4, 7th Sess., 21st Parl., March 26, 1953, at p. 3333).

À mon avis, bien que libellé en termes larges, l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* n’en exige pas moins que, pour qu’elle fasse obstacle à une action contre l’État, la pension ou l’indemnité payée ou payable ait le même fondement factuel que l’action. En d’autres termes, l’article 9 traduit le désir rationnel du législateur d’empêcher la double indemnisation d’une même réclamation dans les cas où le gouvernement est responsable d’un acte fautif mais où il a déjà effectué un paiement à cet égard. Autrement dit, cette disposition n’exige pas que la pension ou le paiement soit versé en dédommagement de l’événement pertinent, mais uniquement que le fondement précis de leur versement soit l’existence de cet événement.

Cette large portée est nécessaire pour éviter que l’État ne soit tenu responsable, sous des chefs accessoires de dommages-intérêts, de l’événement pour lequel une indemnité a déjà été versée. Autrement dit, en cas de versement d’une pension tombant dans le champ d’application de l’art. 9, un tribunal ne saurait connaître d’une action dans laquelle on ne réclame des dommages-intérêts que pour douleurs et souffrances ou encore pour perte de jouissance de la vie, du seul fait que ce chef de dommage ne correspond pas à celui qui a apparemment été indemnisé par la pension. Tous les dommages découlant du fait ouvrant droit à pension sont visés par l’art. 9, dans la mesure où la pension ou l’indemnité est versée « *in respect of* » la même perte — notamment décès, blessure ou dommage — ou sur le même fondement.

Bien que ces remarques ne soient pas déterminantes, je souligne que l’opinion ainsi exprimée est compatible avec les commentaires faits par le ministre de l’époque, lors du débat de la première *Loi sur la responsabilité de la Couronne* en 1953. Le ministre a comparé les pensions censées faire obstacle à l’engagement d’actions en justice aux lois provinciales sur les accidents du travail, dans lesquelles le droit d’ester en justice a, pour ainsi dire, été échangé contre une indemnisation administrative complète (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 7^e sess. 21^e lég., 26 mars 1953, p. 3523).

28

29

30

C. Application to the Canada Pension Plan

31

Keeping in mind that s. 9 refers to pensions and compensations “in respect of” particular kinds of events, I am of the opinion that disability benefits under the CPP do not fall within its scope on the ordinary meaning of the words. I concede that the words “in respect of” may encompass more than direct compensation for loss. However, I do not believe that the CPP makes its payments on the same basis as s. 9 seems to require. That is, s. 9 contemplates payment in some manner contingent on the occurrence of an event of “death, injury, damage or loss”. A CPP disability benefit, by contrast, is not contingent on events at all, but on the present disabled condition of a qualified contributor under 65 years of age who makes an application for payment. Whether or not the present serious and long-term disability that entitles an otherwise qualified contributor to receive CPP disability benefits happens to be the result of “death, injury, damage or loss” is not relevant to the determination of eligibility. The only relevant question, assuming a person has met the conditions of eligibility with respect to age and contribution status, is the status of the applicant as disabled at the time the application is made.

32

The respondent argued that the pension is “in respect of” the injury that is the subject of the action in tort, since it is only “because” of the injuries suffered that the appellant was eligible for CPP disability benefits. This follows on the Federal Court of Appeal’s observation in this case that “in his own application for the CPP disability pension [Sarvanis] identified the cause of this injury as the accident which he suffered on that date” (para. 8). I disagree that this is a relevant fact to our understanding of the nature of the CPP benefit. Sarvanis’ explanation of the cause of his disability was only relevant as evidence for the determination by the government as to whether or not he actually was disabled at the

C. Application au Régime de pensions du Canada

Gardant à l’esprit qu’il parle de pensions et d’indemnités payées ou payables « *in respect of* » des événements particuliers, je suis d’avis que, eu égard au sens ordinaire des termes de cette disposition, l’art. 9 ne vise pas les prestations d’invalidité prévues par le RPC. Je concède que la locution « *in respect of* » peut viser davantage que l’indemnité versée directement à l’égard d’une perte. Cependant, je ne crois pas que les paiements effectués en vertu du RPC sont faits suivant un fondement identique à celui que l’art. 9 semble exiger. Autrement dit, l’article 9 envisage des paiements qui dépendent, d’une certaine manière, d’un événement constituant une « perte — notamment décès, blessures ou dommages ». À l’opposé, les prestations d’invalidité du RPC ne sont aucunement tributaires de quelque événement, mais dépendent plutôt du respect de la condition exigeant que le cotisant admissible et âgé de moins de 65 ans qui présente une demande de paiement soit invalide au moment de la demande. Pour décider de l’admissibilité, il n’est pas nécessaire de trancher la question de savoir si l’invalidité grave et prolongée dont souffre le cotisant par ailleurs admissible et qui lui donne droit de recevoir des prestations d’invalidité du RPC résulte de « toute perte — notamment décès, blessures ou dommages ». À supposer que le demandeur respecte les conditions d’admissibilité relatives à l’âge et aux cotisations, la seule question pertinente est celle de savoir s’il est invalide au moment de la demande.

L’intimée a prétendu que la pension était versée « *in respect of* » les blessures faisant l’objet de l’action en responsabilité civile, puisque c’est seulement [TRADUCTION] « en raison » de ces blessures que l’appelant était admissible aux prestations d’invalidité du RPC. Cet argument s’inspire de l’observation faite par la Cour d’appel fédérale en l’espèce et selon laquelle « dans sa propre demande de pension d’invalidité RPC, [Sarvanis] indiquait que la cause de la blessure était l’accident dont il était victime ce jour-là » (par. 8). Je ne peux accepter qu’il s’agisse là d’un fait pertinent pour bien comprendre la nature de la prestation prévue par le RPC. Les explications données par Sarvanis

time of the application, as well as in establishing the date on which he became eligible for benefits. It implies nothing about the contingency of such payments on an event of injury. It simply reveals that, in this case, the requisite disabled status of Sarvanis happened to be caused by an injury, rather than, for example, genetic factors.

This conclusion is bolstered by the context both of the CPP and other Acts awarding pensions that are caught by s. 9. To look first at the CPP, the clear purpose of the CPP disability benefits is to supplement the incomes of disabled Canadians who have difficulty meeting day-to-day expenses because of their inability to work, that is, their status as disabled. For this reason, it has already been held by this Court that CPP disability payments are not to be considered indemnity payments, and therefore that they are not to be deducted from tort damages compensating injuries that factually caused or contributed to the relevant disability. See *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, at p. 670; *Cugliari*, *supra*. This rule is premised on the contractual or contributory nature of the CPP. Only contributors are eligible, at the outset, to receive benefits, provided that they then meet the requisite further conditions.

It is useful to contrast other statutes providing pensions or compensations that are clearly foreclosed by s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. One example, already noted above, is the *Pension Act*. The *Pension Act* provides for pensions payable to members of the Canadian Forces who are injured in the line of duty. The current version of the *Pension Act* specifically refers to s. 9 at s. 111(2), referring to “action[s] that [are] not barred by virtue of section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*” (S.C. 2000, c. 34, s. 42). The

quant à la cause de son invalidité n'étaient pertinentes qu'à titre d'élément de preuve permettant au gouvernement de déterminer s'il était vraiment invalide au moment de la présentation de sa demande et d'établir la date à laquelle il est devenu admissible aux prestations. Ces explications n'impliquent nullement que ces paiements sont conditionnels à une blessure. Elles révèlent simplement que, dans la présente affaire, l'invalidité que devait établir Sarvanis résultait d'une blessure plutôt que, par exemple, de facteurs génétiques.

Cette conclusion est étayée tant par le contexte du RPC que par celui des autres lois pourvoyant au paiement de pensions qui sont visées par l'art. 9. D'abord, pour ce qui concerne le RPC, les prestations d'invalidité prévues par ce programme ont clairement comme but d'augmenter les revenus des Canadiens invalides qui ont de la difficulté à faire face à leurs dépenses courantes en raison de leur incapacité à travailler, en d'autres mots de leur invalidité. Voilà pourquoi, dans une décision antérieure, notre Cour a jugé que les prestations d'invalidité ne doivent pas être considérées comme des versements indemnitaires et que, de ce fait, elles ne peuvent être déduites des dommages-intérêts accordés au terme d'une action en responsabilité civile pour indemniser le demandeur des blessures qui ont dans les faits causé l'invalidité pertinente ou y ont contribué. Voir *Canadian Pacific Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, p. 670; *Cugliari*, précité. Cette règle repose sur la nature contractuelle ou contributive du RPC. Seuls les cotisants ont droit aux prestations d'invalidité, s'ils satisfont également aux autres conditions d'admissibilité.

Il est utile de mettre en contraste la loi instituant le RPC avec d'autres lois qui pourvoient au paiement de pensions ou d'indemnités et qui, par application de l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, excluent clairement l'engagement de toute poursuite. La *Loi sur les pensions*, qui a été mentionnée plus tôt, est une de ces lois. Elle pourvoit au paiement d'une pension aux membres des Forces canadiennes qui sont blessés au cours de leur service militaire. Au paragraphe 111(2) de la version actuelle de la *Loi*

former version of the *Pension Act*, also at s. 111, provided simply that:

No action or other proceeding lies against Her Majesty or against any officer, servant or agent of Her Majesty in respect of any injury or disease or aggravation thereof resulting in disability or death in any case where a pension is or may be awarded under this Act or any other Act in respect of the disability or death.

Similarly, the *Government Employees Compensation Act* provides, at s. 12:

Where an accident happens to an employee in the course of his employment under such circumstances as entitle him or his dependants to compensation under this Act, neither the employee nor any dependant of the employee has any claim against Her Majesty, or any officer, servant or agent of Her Majesty, other than for compensation under this Act.

The *Merchant Seamen Compensation Act*, R.S.C. 1985, c. M-6, contains a similar provision at s. 13.

35

The key difference among all three of these examples of pensions which, upon receipt or eligibility, do foreclose an action pursuant to s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* is not simply the fact that the bar is repeated in each particular statute. Rather, it is that in each case the crucial condition of eligibility is the occurrence of “death, injury, damage or loss”, and that it is because of that occurrence that the pension is received. For example, s. 21(1)(a) of the *Pension Act* provides that a pension is granted only “where a member of the forces suffers disability resulting from an injury or disease . . . that was attributable to or was incurred during . . . military service . . .” (emphasis added). Similarly, the *Government Employees Compensation Act* at s. 4(1)(a) provides benefits only where an employee:

sur les pensions, on mentionne expressément l’art. 9 dans le passage suivant : « [Les] action[s] non visée[s] par l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* » (L.C. 2000, ch. 34, art. 42). L’ancienne version de l’art. 111 de la *Loi sur les pensions* était simplement libellée ainsi :

Nulle action ou autre procédure n’est recevable contre Sa Majesté ni contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de Sa Majesté relativement à une blessure ou une maladie ou à son aggravation ayant entraîné une invalidité ou le décès dans tous cas où une pension est ou peut être accordée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, relativement à cette invalidité ou à ce décès.

De même, la *Loi sur l’indemnisation des agents de l’État* prévoit ce qui suit, à l’art. 12 :

L’agent de l’État ou les personnes à sa charge qui, par suite d’un accident du travail, ont droit à l’indemnité prévue par la présente loi ne peuvent exercer d’autre recours contre Sa Majesté ou un fonctionnaire, préposé ou mandataire de celle-ci pour cet accident.

La *Loi sur l’indemnisation des marins marchands*, L.R.C. 1985, ch. M-6, comporte, à l’art. 13, une disposition analogue.

La principale différence entre ces trois exemples de pensions — qui, dès que l’intéressé les reçoit ou y est admissible font effectivement obstacle à toute action, au même titre que l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* — n’est pas simplement le fait que l’interdiction est répétée dans chaque loi, mais plutôt que, dans chaque cas, la condition d’admissibilité essentielle est qu’il se produise une « perte — notamment décès, blessures ou dommages », et que ce soit en raison de cet événement que la pension est reçue. Par exemple, l’al. 21(1)a) de la *Loi sur les pensions* précise qu’une pension est accordée seulement « aux membres des forces ou à leur égard [. . .] en cas d’invalidité causée par une blessure ou maladie [. . .] survenue au cours du service militaire ou attribuable à celui-ci » (je souligne). De même, l’al. 4(1)a) de la *Loi sur l’indemnisation des agents de l’État* permet le versement de prestations uniquement lorsque des agents de l’État sont :

(i) is caused personal injury by an accident arising out of and in the course of his employment, or

(ii) is disabled by reason of an industrial disease due to the nature of the employment;

That is, these pensions are paid on the same basis as a tort claim is, while the CPP is paid on the same basis as an insurance claim.

The interpretation adopted here is further bolstered by considering the context of the broader legislative purpose of the *Crown Liability and Proceedings Act* as a whole. This Act was passed in order to establish Crown liability, which had hitherto been blocked by the common law. Although it was passed prior to the establishment of the CPP, it would be surprising indeed if the *Canada Pension Plan*, and the quasi-contractual insurance scheme it created, were meant to nullify the increased exposure of the Crown liability legislation. Put another way, why would the *Crown Liability and Proceedings Act* explicitly give so much by removing the common law obstacle, yet tacitly take almost all of it away by the construction of the *Canada Pension Plan* advanced by the Crown? Given the mandatory nature of contribution to the CPP, such would be the effect of the reading of s. 9 urged by the respondent.

That Parliament most likely did not intend this outcome is also consistent with the absence of any explicit provision suggesting so in the *Canada Pension Plan*, measured alongside the clear provisions citing to, or replicating in substance, s. 9. Unlike the *Canada Pension Plan*, the Acts which do reproduce the bar of actions are comprehensive schemes designed to ensure the efficacious compensation of persons for their injuries and losses incurred in the public service.

Simply put, s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act* establishes Crown immunity where the very event of death, injury, damage or loss that

(i) soit blessés dans un accident survenu par le fait ou à l'occasion de leur travail,

(ii) soit devenus invalides par suite d'une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail;

En d'autres mots, ces pensions sont versées sur le même fondement que des dommages-intérêts au terme d'une action en responsabilité civile, alors que les sommes versées en vertu du RPC le sont sur le même fondement qu'une indemnité d'assurance.

L'interprétation retenue en l'espèce est renforcée par l'examen du contexte de l'objet général de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Cette loi a été votée afin d'établir la responsabilité de l'État, qui était jusque-là écartée par la common law. Bien qu'elle ait été adoptée avant la création du RPC, il serait plutôt étonnant que la loi instituant le RPC et le régime d'assurance quasi contractuel qu'elle a mis en place aient eu pour objectif de neutraliser le risque accru de responsabilité créé par la loi sur la responsabilité de l'État. Autrement dit, pourquoi cette dernière loi aurait-elle ouvert si grand la porte aux actions en responsabilité, en écartant l'obstacle que constituait la règle de common law, pour ensuite, si on retient l'interprétation du *Régime de pensions du Canada* avancée par l'État, refermer cette porte presque complètement? Compte tenu du caractère impératif des cotisations au RPC, c'est ce qui se produirait si l'interprétation de l'art. 9 préconisée par l'intimée était retenue.

Le fait que le législateur n'ait très vraisemblablement pas voulu ce résultat est également compatible avec l'absence de toute disposition explicite en ce sens dans le *Régime de pensions du Canada*, par comparaison avec les dispositions claires qui mentionnent l'art. 9 ou en reprennent l'essentiel. Contrairement au *Régime de pensions du Canada*, les lois qui reproduisent l'interdiction de toute action sont des régimes complets, conçus pour garantir l'indemnisation efficace des personnes ayant subi des blessures et des pertes dans l'exercice de leurs fonctions d'agents de l'État.

Tout simplement, l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* établit l'immunité de l'État lorsque la perte

36

37

38

forms the basis of the barred claim is the event that formed the basis of a pension or compensation award. The CPP, a contributory plan not contingent on death, injury, damage or loss, but rather on physical condition and on adequate quantum and duration of contribution, is a significantly different animal.

VII. Conclusion

39

For all of these reasons, I find that a disability benefit awarded under the *Canada Pension Plan* does not constitute a pension or compensation “in respect of . . . death, injury, damage or loss” for the purposes of s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. Accordingly the appeal is allowed, the order of MacKay J. is restored, and the respondent’s motion for summary judgment is dismissed. The appellant should have his costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Thomson, Rogers, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

même — notamment décès, blessures ou dommages — qui constitue le fondement de l’action irrecevable est l’événement qui a fondé le paiement d’une pension ou d’une indemnité. La situation est très différente pour ce qui est du RPC, régime contributif dont les avantages sont accordés en fonction non pas de quelque perte — notamment décès, blessures ou dommages —, mais plutôt de l’état de santé du demandeur et du paiement de cotisations suffisantes pendant la période minimale prévue.

VII. Conclusion

Pour l’ensemble de ces motifs, je conclus que, pour l’application de l’art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, les prestations d’invalidité accordées en vertu du *Régime de pensions du Canada* ne constituent pas une pension ou une indemnité « *in respect of . . . death, injury, damage or loss* ». En conséquence, le pourvoi est accueilli, l’ordonnance du juge MacKay est rétablie et la requête en jugement sommaire présentée par l’intimée est rejetée. L’appelant a droit aux dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant: Thomson, Rogers, Toronto.

Procureur de l’intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee's presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 3.

2. Judicial review — Ministerial decisions — Standard of review — Immigration — Deportation — Approach to be taken in reviewing decisions of Minister of Citizenship and Immigration on whether refugee's presence constitutes danger to security of Canada and whether refugee faces substantial risk of torture upon deportation — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 72.

3. Judicial review — Standard of review — Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board — Standard of review applicable to Immigration Appeal Division's decisions on appeals by permanent residents from removal order.

CHIEU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 84.

4. Judicial review — Standard of review — Natural justice — Rules of procedural fairness — Provincial Judicial Council recommending that Provincial Court judge be removed from office because of statements she made in court — Applicable standard of review of Council's decision — Whether Council violated rules of procedural fairness by imposing penalty more severe than that recommended by inquiry panel — Whether Council bound to follow findings of inquiry panel — Whether Council's decision to recommend removal of judge justified — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(4).

MOREAU-BÉRUBÉ V. NEW BRUNSWICK (JUDICIAL COUNCIL), 249.

APPEALS

Standard of review — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon

APPEALS — Concluded

to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether Supreme Court of Canada has reason to intervene in Court of Appeal's decision.

ST-JEAN V. MERCIER, 491.

CIVIL RESPONSIBILITY

Physicians and surgeons — Duty of prudence and diligence — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether presumption of causation applies.

ST-JEAN V. MERCIER, 491.

COMMERCIAL LAW

Oil and gas industry — Overriding royalties — Whether overriding royalties arising from working interest capable of being interest in land.

BANK OF MONTREAL V. DYNEX PETROLEUM LTD., 146.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 3.

2. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether terms "danger to the security of Canada" and "terrorism" in deportation provisions of immigration

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 3.

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 3.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of torture if deported — Whether procedural safeguards provided to Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

SURESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 3.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Immigration — Deportation — Risk of torture — Whether deportation of refugee facing risk of torture contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 72.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Whether terms “danger to the security of Canada” and “terrorism” in deportation provisions of immigration legislation unconstitutionally vague — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 72.

7. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Whether deportation for membership in terrorist organization infringes freedom of association and freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 2(d) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, ss. 19(1), 53(1)(b).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 72.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Procedural safeguards — Immigration — Convention refugee facing risk of

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

torture if deported — Whether procedural safeguards provided to Convention refugee satisfy requirements of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 53(1)(b).

AHANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 72.

9. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Exclusion of evidence — Safe containing business documents revealing alleged GST violations by accused stolen from accused's place of business — Safe recovered by police — Police officer not involved in theft investigation but suspecting accused of tax evasion photocopying documents and forwarding them to tax authorities — Whether photocopying of documents constituted unreasonable search or seizure — Whether photocopied documents admissible as evidence of Excise Tax Act violations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. LAW, 227.

10. Judicial independence — Security of tenure of judges — Provincial legislation empowering Lieutenant-Governor in Council to remove Provincial Court judge without first addressing Legislative Assembly — Whether procedure set out in legislation to sanction misconduct of Provincial Court judges meets minimal standards required to ensure respect for principle of judicial independence — Provincial Court Act, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.11(8).

MOREAU-BÉRUBÉ V. NEW BRUNSWICK (JUDICIAL COUNCIL), 249.

11. Judicial independence — Provincial courts — Supernumerary judges — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Whether legislation violates guarantees of judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Constitution Act, 1867, Preamble — Act to Amend the Provincial Court Act, S.N.B. 1995, c. 6.

MACKIN V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE), 405.

12. Remedies — Damages — Provincial legislation eliminating system of supernumerary judges and replacing it with panel of retired judges paid per diem — Supernumerary judges successfully challenging constitutionality of legislation — Whether damages claim by supernumerary judges warranted — Constitution Act, 1982, ss. 24(1), 52.

MACKIN V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE), 405.

13. Charter of Rights — Freedom of expression — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe planning by-law No. 1200, ss. 2.2.4 “enseigne” (sign), “enseigne publicitaire” (advertising sign), 14.1.5(p).

R. v. GUIGNARD, 472.

14. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Exclusion of evidence — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence violating constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. FLISS, 535.

15. Distribution of legislative powers — Fisheries — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal fisheries power — Constitution Act, 1867, ss. 91(12), 92(13) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

WARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 569.

16. Distribution of legislative powers — Criminal law — Federal regulation prohibiting sale of young hooded and harp seals — Whether regulation falls within federal criminal law power — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Marine Mammal Regulations, SOR/93-56, s. 27.

WARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 569.

17. Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Preference given to Canadian citizens for employment in federal Public Service under Public Service Employment Act — Whether preference on basis of citizenship infringing equality guarantee — If so, whether preference justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).

LAVOIE V. CANADA, 769.

CONTRACTS

Equitable remedies — Rectification of contract — Written contract not reflecting prior oral agreement — Whether equitable

CONTRACTS — Concluded

remedy of rectification available — Whether lack of due diligence a bar to rectification.

PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. v. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD., 678.

COSTS

Solicitor-client costs awarded on appeal — Whether solicitor-client costs appropriate.

MACKIN V. NEW BRUNSWICK (MINISTER OF FINANCE), 405.

CRIMINAL LAW

1. Indictment — Direct indictment — Attorney General can prefer direct indictment against accused for offences for which accused has already been committed for trial after preliminary inquiry — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 577.

R. v. BENJI, 142.

2. Evidence — Confession — Voluntariness — Trial judge ruling that accused's statements were involuntary and inadmissible — Trial judge properly applied required elements of voluntariness test.

R. v. TESSIER, 144.

3. Remedies — Abuse of process — Stay of proceedings — Accused charged with sex-related offences — Police identifying accused as suspect before charges laid — Crown engaging in “judge shopping” and conducting precharge interviews of complainants — Trial judge staying some of charges — Court of Appeal overturning stay — Whether conduct of Crown and police amounted to abuse of process — Whether partial stay of proceedings warranted — Whether Court of Appeal entitled to interfere with trial judge's decision to grant partial stay.

R. v. REGAN, 297.

4. Admissibility of evidence — Evidence obtained by electronic surveillance — Accused confessing murder to undercover police officer — Confession recorded on tape pursuant to prior judicial authorization — Trial judge declaring tape and related transcript inadmissible but admitting officer's testimony of conversation — Officer's viva voce evidence basically recitation of whole of transcript — Whether officer's evidence was admissible.

R. v. FLISS, 535.

5. Forgery — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in

CRIMINAL LAW — Concluded

forging credit cards — Meaning of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. MAC, 856.

6. Elements of offence — Sexual assault with a weapon — Definition of weapon — Whether use of bamboo dildo in sexual assault constituting sexual assault with a weapon — Meaning of term “injury” in definition of “weapon” in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 272(1)(a).

R. v. LAMY, 860

7. Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal case — Appellate review — Proposed approach — Functional test.

R. v. SHEPPARD, 869.

8. Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons — Court of Appeal setting aside accused’s conviction for possession of stolen property and ordering new trial because trial decision unintelligible and incapable of proper appellate review — Whether trial judge erred in law in failing to deliver meaningful reasons for his decision — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a).

R. v. SHEPPARD, 869.

9. Trial — Judgments — Duty of trial judge to give reasons in criminal cases — Appellate review — Proposed approach — Functional test.

R. v. BRAICH, 903.

10. Trial — Judgments — Reasons for judgment — Court of Appeal setting aside accused’s convictions for manslaughter and aggravated assault and ordering new trial because frailties of identification evidence had not been subjected to sufficient analysis in reasons for judgment — Sufficiency of trial judge’s reasons — Whether trial judge’s reasons met functional test.

R. v. BRAICH, 903.

CROWN

Crown liability — Inmate injured while working at federal penitentiary — Inmate received Canada Pension Plan disability benefits out of Consolidated Revenue Fund — Inmate sued Crown in tort — Whether tort action barred by s. 9 of Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50 — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8.

SARVANIS v. CANADA, 921.

DAMAGES

1. Damages for cost of future care — Disabled child — Parents suing doctor for failure to advise them of availability of testing for Down syndrome — Trial judge awarding parents damages for child’s care up to age of 19 on basis that it will be in child’s best interests as adult to move to group home — Cost of group home to be paid by province under social security scheme — Parents also awarded \$80 000 in case benefits of social security scheme not available to child when he reaches adulthood — Post-trial amendments to Family Relations Act raising parents’ concerns that they might be legally liable for child’s adult care and that province might seek to recover costs of child’s adult care in group home — Whether parents entitled to damages for cost of care after disabled child reaches adulthood — Whether amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child’s care after he reaches adulthood — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

KRANGLE (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRISCO, 205.

2. Punitive damages — Insurer’s duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

WHITEN v. PILOT INSURANCE Co., 595.

3. Punitive damages — Written contract not reflecting prior oral agreement owing to fraud of one of parties — Whether trial judge’s award of punitive damages should be restored.

PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. v. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD., 678.

FAMILY LAW

Maintenance and support obligations — Disabled child — Trial judge concluding that it is in child’s best interests to live in publicly funded group home when he reaches adulthood — Whether post-trial amendments to Family Relations Act made parents legally responsible for child’s adult care — Meaning of word “charge” in new definition of “child” in s. 87 of Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 87, 88(1).

KRANGLE (GUARDIAN AD LITEM OF) v. BRISCO, 205.

IMMIGRATION

1. Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration

IMMIGRATION — Concluded

Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase “having regard to all the circumstances of the case” in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

CHIEU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 84.

2. Removal orders — Appeals by permanent residents — Scope of discretionary jurisdiction of Immigration Appeal Division of Immigration and Refugee Board under s. 70(1)(b) of Immigration Act — Whether Immigration Appeal Division entitled to consider potential foreign hardship when dealing with appeals from removal orders by permanent residents — Interpretation of phrase “having regard to all the circumstances of the case” in s. 70(1)(b) — Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2, s. 70(1)(b).

AL SAGBAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 133.

INSURANCE

1. Insurer's duty of good faith and fair dealing — Insurer contesting fire insurance claim in bad faith — Whether policy holder entitled to award of punitive damages — Whether jury charge adequate — Whether jury award of \$1 million in punitive damages should be restored.

WHITEN V. PILOT INSURANCE Co., 595.

2. Life insurance — Intentional fault — Public order exception — Insured dying while committing a crime — Insurer refusing to pay beneficiary life insurance proceeds — Whether act committed amounts to intentional fault of insured — Whether public order exception that “no one may profit from his or her own crime” exists in Quebec insurance law — If so, whether exception is a bar to beneficiary's right to claim insurance indemnity — Civil Code of Lower Canada, arts. 2532, 2550.

GOULET V. TRANSAMERICA LIFE INSURANCE Co. OF CANADA, 719.

INSURANCE LAW

Life insurance — Public policy — Insurer refusing to pay proceeds of life insurance policy to beneficiary after insured died accidentally while committing a crime — Whether beneficiary's

INSURANCE LAW — Concluded

claim barred — Whether public policy precludes recovery by innocent beneficiary where death of insured was caused by his criminal acts.

OLDFIELD V. TRANSAMERICA LIFE INSURANCE Co. OF CANADA, 742.

LABOUR LAW

Picketing — Secondary picketing — Union members picketing at locations other than employer's premises — Employer obtaining injunction prohibiting such secondary picketing — Whether secondary picketing illegal per se at common law — Whether picketing form of expression engaging s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether wrongful action model making secondary picketing which amounts to tortious or criminal conduct illegal should be adopted.

R.W.D.S.U., LOCAL 558 V. PEPSI-COLA CANADA BEVERAGES (WEST) LTD., 156.

LIMITATION OF ACTIONS

Action against municipalities — Plaintiff injured when falling on sidewalk — Plaintiff hospitalized and prescribed medication — Plaintiff successfully suing municipality for damages for gross negligence even though she had failed to provide written notice of her claim to municipality within statutorily required seven days — Trial judge finding that plaintiff was physically and mentally incapable to comply with notice requirement — Court of Appeal allowing municipality's appeal — Court of Appeal wrongly interfering with trial judge factual findings relating to medical evidence of plaintiff's incapacity — Trial judgment restored — Meaning of expression “unsound mind” in s. 47 of Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15.

BANNON V. THUNDER BAY (CITY), 716.

MUNICIPAL LAW

By-law — Validity — Signs — Sign erected by individual on one of his buildings expressing dissatisfaction with services of insurance company — Individual convicted of contravening municipal by-law prohibiting erection of advertising signs outside industrial zone — Whether by-law infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — City of Saint-Hyacinthe

MUNICIPAL LAW — Concluded

planning by-law No. 1200, ss. 2.2.4 “enseigne” (sign), “enseigne publicitaire” (advertising sign), 14.1.5(p).

R. v. GUIGNARD, 472.

STATUTES

Interpretation — Bilingual statutes — Criminal Code — Accused charged with being in possession of various machines and materials adapted and intended to be used in forging credit cards — Proper interpretation of word “adapted” in s. 369(b) of Criminal Code — Ambiguity arising from English version of Criminal Code resolved by clear language in French version — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 369(b).

R. v. MAC, 856.

INDEX

APPELS

Norme de contrôle — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — La Cour suprême du Canada peut-elle intervenir dans la décision de la Cour d'appel?

ST-JEAN C. MERCIER, 491.

ASSURANCE

1. Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Les directives au jury étaient-elles adéquates? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

WHITEN C. PILOT INSURANCE Co., 595.

2. Assurance-vie — Faute intentionnelle — Exception d'ordre public — Décès de l'assuré au cours de la perpétration d'un acte criminel — Refus de l'assureur de verser au bénéficiaire le produit de l'assurance-vie — L'acte posé correspond-il à une faute intentionnelle de l'assuré? — L'exception d'ordre public « nul ne peut profiter de son propre crime » existe-t-elle en droit québécois des assurances? — Dans l'affirmative, cette exception fait-elle obstacle au droit du bénéficiaire de réclamer l'indemnité d'assurance? — Code civil du Bas Canada, art. 2532, 2550.

GOULET C. CIE D'ASSURANCE-VIE TRANSAMERICA DU CANADA, 719.

CONTRATS

Réparations fondées sur l'equity — Rectification du contrat — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure — Y a-t-il ouverture à la réparation en equity que constitue la

CONTRATS — Fin

rectification? — Le défaut de faire montre de diligence raisonnable fait-il obstacle à la rectification?

PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. C. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD., 678.

COURONNE

Responsabilité de l'État — Blessures subies par un prisonnier dans le cours de travaux qu'il exécutait dans un pénitencier fédéral — Versement au détenu de prestations d'invalidité prévues par le Régime de pensions du Canada et payées sur le Trésor — Action en responsabilité civile intentée par le détenu contre l'État — Cette action est-elle irrecevable par application de l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50? — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8.

SARVANIS C. CANADA, 921.

DÉPENS

Dépens entre avocat et client en appel — Est-il approprié d'accorder des dépens entre avocat et client?

MACKIN C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES), 405.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Dommages-intérêts destinés à pourvoir aux besoins futurs — Enfant handicapé — Médecin poursuivi par le père et la mère pour son défaut de les informer de l'existence de tests qui auraient permis le dépistage du syndrome de Down — Juge de première instance leur accordant des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant jusqu'à l'âge de 19 ans parce qu'il sera alors dans son intérêt, en tant qu'adulte, d'emménager dans un foyer de groupe — Coût des soins en foyer de groupe couverts par la province dans le cadre du programme de sécurité sociale — Somme de 80 000 \$ accordée également au père et à la

DOMMAGES-INTÉRÊTS — Fin

mère au cas où l'enfant n'aurait pas accès aux prestations sociales une fois devenu adulte — Crainte du père et de la mère que les modifications à la Family Relations Act entrées en vigueur après le procès les obligent à pourvoir aux besoins de l'enfant adulte et que la province leur demande de rembourser les coûts engagés pour pourvoir aux besoins de l'enfant en foyer de groupe à l'âge adulte — Le père et la mère ont-ils droit à des dommages-intérêts pour pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte? — Sont-ils légalement tenus de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

KRANGLE (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. BRISCO, 205.

2. Dommages-intérêts punitifs — Obligation de l'assureur d'agir de bonne foi et équitablement — L'assureur a contesté de mauvaise foi une demande d'indemnité présentée en vertu d'une police d'assurance-incendie — La titulaire de la police a-t-elle droit à des dommages-intérêts punitifs? — Y a-t-il lieu de rétablir la décision du jury accordant des dommages-intérêts punitifs de un million de dollars?

WHITEN C. PILOT INSURANCE CO., 595.

3. Dommages-intérêts punitifs — Contrat écrit ne reflétant pas l'entente verbale antérieure en raison de la fraude commise par l'une des parties — La décision du juge du procès accordant des dommages-intérêts punitifs doit-elle être rétablie?

PERFORMANCE INDUSTRIES LTD. C. SYLVAN LAKE GOLF & TENNIS CLUB LTD., 678.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 3.

2. Contrôle judiciaire — Décisions ministérielles — Norme de contrôle — Immigration — Expulsion — Approche applicable pour contrôler les décisions du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration relativement aux questions de savoir si la présence du réfugié constitue une menace pour la sécurité du Canada et si le réfugié court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 72.

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Norme de contrôle applicable à une décision de la section d'appel de l'immigration sur l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi.

CHIEU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 84.

4. Révision judiciaire — Norme de révision — Justice naturelle — Règles d'équité procédurale — Conseil provincial de la magistrature recommandant la révocation d'un juge de la Cour provinciale en raison de déclarations qu'elle a faites en cour — Norme de révision applicable à la décision du Conseil — Le Conseil a-t-il violé les règles de l'équité procédurale en imposant une sanction plus sévère que celle recommandée par le comité d'enquête? — Le Conseil était-il tenu de suivre les conclusions du comité d'enquête? — La décision du Conseil de recommander la révocation de la juge était-elle justifiée? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(4).

MOREAU-BÉRUBÉ C. NOUVEAU-BRUNSWICK (CONSEIL DE LA MAGISTRATURE), 249.

DROIT COMMERCIAL

Industrie pétrolière et gazière — Redevances dérogatoires — Une redevance dérogatoire issue d'une participation directe peut-elle constituer un intérêt foncier?

BANQUE DE MONTRÉAL C. DYNEX PETROLEUM LTD., 146.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L'expulsion d'un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 3.

2. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l'expulsion de la Loi sur l'immigration sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés,

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)b).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 3.

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 2d) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)b).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 3.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d'expulsion — Les garanties procédurales accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

SURESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 3.

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Immigration — Expulsion — Risque de torture — L'expulsion d'un réfugié qui risque la torture est-elle une mesure contraire aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 72.

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Les termes « danger pour la sécurité du Canada » et « terrorisme » figurant dans les dispositions relatives à l'expulsion de la Loi sur l'immigration sont-ils imprécis au point d'être inconstitutionnels? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)b).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 72.

7. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — L'expulsion d'une personne pour cause d'appartenance à une organisation terroriste porte-t-elle atteinte à la liberté d'association et à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 2d) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 19(1), 53(1)b).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 72.

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Garanties procédurales — Immigration — Réfugié au sens de la Convention qui risque la torture en cas d'expulsion — Les garanties procédurales accordées au réfugié au sens de la Convention satisfont-elles aux principes de la justice fondamentale — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 53(1)b).

AHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 72.

9. Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Exclusion d'éléments de preuve — Vol à l'établissement des accusés d'un coffre-fort contenant des documents de nature commerciale révélant de présumées infractions en matière de TPS de la part des accusés — Coffre-fort retrouvé par la police — Policier ne participant pas à l'enquête sur le vol mais soupçonnant les accusés de fraude fiscale a photocopié des documents et a transmis les photocopies au fisc — La photocopie des documents constitue-t-elle une fouille, perquisition ou saisie abusive? — Les photocopies sont-elles admissibles en tant que preuve de violations de la Loi sur la taxe d'accise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. LAW, 227.

10. Indépendance judiciaire — Inamovibilité des juges — Loi provinciale autorisant le lieutenant-gouverneur en conseil à démettre un juge de la Cour provinciale de ses fonctions sans s'adresser au préalable à l'Assemblée législative — La procédure établie par la loi pour sanctionner l'inconduite d'un juge de la Cour provinciale est-elle conforme aux normes minimales requises pour garantir le respect du principe de l'indépendance judiciaire? — Loi sur la Cour provinciale, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, art. 6.11(8).

MOREAU-BÉRUBÉ C. NOUVEAU-BRUNSWICK (CONSEIL DE LA MAGISTRATURE), 249.

11. Indépendance judiciaire — Cours provinciales — Juges surnuméraires — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — La loi viole-t-elle les garanties d'indépendance judiciaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 — Loi modifiant la Loi sur la Cour provinciale, L.N.-B. 1995, ch. 6.

MACKIN C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES), 405.

12. Réparations — Dommages-intérêts — Loi provinciale éliminant le système de juges surnuméraires et le remplaçant par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière — Des juges surnuméraires contestent sa constitutionnalité

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

et ont gain de cause — Ont-ils droit aux dommages-intérêts qu'ils réclament? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 24(1), 52.

MACKIN C. NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DES FINANCES), 405.

13. Charte des droits — Liberté d'expression — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

R. C. GUIGNARD, 472.

14. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Exclusion de la preuve — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier viole-t-il le droit garanti par la Constitution d'être protégé contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives? — Dans l'affirmative, la preuve devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. FLISS, 535.

15. Partage des compétences législatives — Pêcheries — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de pêcheries? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(12), 92(13) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

WARD C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 569.

16. Partage des compétences législatives — Droit criminel — Règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon et de jeunes phoques du Groenland — Le règlement relève-t-il de la compétence fédérale en matière de droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Règlement sur les mammifères marins, DORS/93-56, art. 27.

WARD C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 569.

17. Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Préférence en matière d'emploi dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — La préférence fondée sur la citoyenneté

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Dans l'affirmative, la préférence est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)c).

LAVOIE C. CANADA, 769.

DROIT CRIMINEL

1. Acte d'accusation — Mise en accusation directe — Le procureur général peut présenter contre un accusé un acte d'accusation portant sur des infractions à l'égard desquelles ce dernier a déjà été renvoyé à procès au terme de l'enquête préliminaire — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 577.

R. C. BENJI, 142.

2. Preuve — Confession — Caractère volontaire — Déclarations de l'accusé jugées involontaires et inadmissibles par le juge du procès — Le juge du procès a bien appliqué les éléments requis du critère de détermination du caractère volontaire.

R. C. TESSIER, 144.

3. Réparations — Abus de procédure — Suspension des procédures — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — La police a révélé l'identité de l'accusé avant que des accusations soient portées — Le ministère public était à la recherche d'un juge accommodant et a mené des entrevues pré-inculpation avec les plaignantes — Le juge du procès a suspendu certaines des accusations — La Cour d'appel a annulé la suspension — La conduite du ministère public et de la police constituait-elle un abus de procédure? — La suspension partielle des procédures était-elle justifiée? — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision du juge du procès d'ordonner une suspension partielle?

R. C. REGAN, 297.

4. Admissibilité de la preuve — Preuve obtenue par surveillance électronique — Aveu de meurtre fait par l'accusé à un policier agissant comme agent d'infiltration — Enregistrement de l'aveu en vertu d'une autorisation judiciaire obtenue au préalable — Enregistrements et transcriptions déclarés inadmissibles par le juge du procès, qui a toutefois admis le témoignage du policier au sujet de la conversation — Le témoignage de vive voix du policier est essentiellement une lecture de la transcription — Le témoignage du policier est-il admissible?

R. C. FLISS, 535.

5. Faux — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Sens du terme « adapted » dans la

DROIT CRIMINEL — Fin

version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. C. MAC, 856.

6. Éléments de l'infraction — Agression sexuelle armée — Définition de « arme » — L'utilisation d'un godemiché en bambou dans une agression sexuelle en fait-elle une agression sexuelle armée? — Sens du mot « blesser » dans la définition de « arme » à l'art. 2 du Code criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 272(1)a).

R. C. LAMY, 860.

7. Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.

R. C. SHEPPARD, 869.

8. Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision — Décision de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé pour possession de biens volés et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que la décision de première instance n'était pas intelligible et rendait impossible un examen judiciaire valable en appel — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en ne prononçant pas de motifs valables à l'appui de sa décision — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a).

R. C. SHEPPARD, 869.

9. Procès — Jugements — Obligation du juge du procès de motiver sa décision en matière criminelle — Examen en appel — Démarche proposée — Critère fonctionnel.

R. C. BRAICH, 903.

10. Procès — Jugements — Motifs du jugement — Décision de la Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité des accusés pour homicide involontaire coupable et voies de fait graves et ordonnant la tenue d'un nouveau procès parce que les faiblesses de la preuve d'identification n'avaient pas été analysées suffisamment dans les motifs du jugement — Suffisance des motifs du juge du procès — Les motifs du juge du procès satisfaisaient-ils au critère fonctionnel?

R. C. BRAICH, 903.

DROIT DE LA FAMILLE

Obligations alimentaires — Enfant handicapé — Juge de première instance concluant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de vivre dans un foyer de groupe financé par l'État lorsqu'il aura atteint l'âge adulte — Le père et la mère sont-ils légalement

DROIT DE LA FAMILLE — Fin

tenu de pourvoir aux besoins de l'enfant à l'âge adulte par suite des modifications à la Family Relations Act? — Sens du terme « charge » dans la nouvelle définition du terme « enfant » énoncée à l'art. 87 de la Family Relations Act — Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 87, 88(1).

KRANGLE (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. BRISCO, 205.

DROIT DES ASSURANCES

Assurance-vie — Règle de l'ordre public — Refus de l'assureur de verser à la bénéficiaire le produit de la police d'assurance-vie après le décès accidentel de l'assuré lors de la perpétration d'un crime — La réclamation de la bénéficiaire est-elle irrecevable? — La règle de l'intérêt public empêche-t-elle un bénéficiaire innocent de recouvrer le capital assuré dans le cas où le décès de l'assuré a été causé par ses actes criminels?

OLDFIELD C. CIE D'ASSURANCE-VIE TRANSAMERICA DU CANADA, 742.

DROIT DU TRAVAIL

Piquetage — Piquetage secondaire — Membres d'un syndicat piquetant ailleurs qu'à l'établissement de l'employeur — Employeur obtenant une injonction interdisant ce piquetage secondaire — Le piquetage secondaire est-il illégal en soi en common law? — Le piquetage est-il une forme d'expression faisant intervenir l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Y a-t-il lieu d'adopter l'approche fondée sur la constatation d'un acte fautif qui rend le piquetage secondaire illégal lorsqu'il s'assimile à une conduite délictuelle ou criminelle?

S.D.G.M.R., SECTION LOCALE 558 C. PEPSI-COLA CANADA BEVERAGES (WEST) LTD., 156.

DROIT MUNICIPAL

Règlement — Validité — Affichage — Affiche posée par un citoyen sur un de ses immeubles pour démontrer son insatisfaction à l'égard des services de sa compagnie d'assurance — Citoyen condamné pour avoir enfreint un règlement municipal qui interdit l'installation d'enseignes publicitaires en dehors d'une zone industrielle — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement

DROIT MUNICIPAL — Fin

d'urbanisme n° 1200 de la Ville de Saint-Hyacinthe, art. 2.2.4 « enseigne », « enseigne publicitaire », 14.1.5p).

R. C. GUIGNARD, 472.

IMMIGRATION

1. Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 70(1)b) de la Loi sur l'immigration — La section d'appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'art. 70(1)b) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)b).

CHIEU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 84.

2. Mesures de renvoi — Appels de résidents permanents — Portée du pouvoir discrétionnaire de la section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 70(1)b) de la Loi sur l'immigration — La section d'appel est-elle autorisée à considérer les difficultés possibles à l'étranger dans l'appel d'un résident permanent contre une mesure de renvoi? — Interprétation de l'expression « eu égard aux circonstances particulières de l'espèce » à l'art. 70(1)b) — Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2, art. 70(1)b).

AL SAGBAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 133.

LOIS

Interprétation — Lois bilingues — Code criminel — Accusé inculpé de possession de plusieurs machines et instruments adaptés et destinés à servir pour fabriquer de fausses cartes de crédit — Interprétation du terme « adapted » dans la version anglaise de l'art. 369b) du Code criminel — Ambiguïté décelée dans la version anglaise du Code criminel résolue par le libellé clair et non équivoque de la version française — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 369b).

R. C. MAC, 856.

PRESCRIPTION

Action intentée contre une municipalité — Demanderesse blessée à la suite d'une chute sur un trottoir — Demanderesse hospitalisée et se faisant prescrire un médicament — Demanderesse intentant avec succès contre une municipalité une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence grave malgré son défaut de donner à la municipalité un avis écrit de sa réclamation à l'intérieur du délai de sept jours prescrit par la loi — Juge de première instance concluant que la demanderesse était physiquement et mentalement incapable de donner l'avis requis — Appel de la municipalité accueilli par la Cour d'appel — Cour d'appel modifiant à tort les conclusions de fait du juge de première instance concernant la preuve médicale de l'incapacité de la demanderesse — Jugement de première instance rétabli — Sens de l'expression « faible d'esprit » figurant à l'art. 47 de la Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15.

BANNON C. THUNDER BAY (VILLE), 716.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Médecins et chirurgiens — Obligation de prudence et de diligence — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — Y a-t-il présomption de causalité?

ST-JEAN C. MERCIER, 491.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9